

Das Kind im Zivilprozess

unter besonderer Berücksichtigung seiner Stellung
als selbständig handelnde Partei
(am Beispiel der zürcherischen Zivilprozessordnung)

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
REINHOLD SCHÄTZLE
von Gottlieben TG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1982

Das Kind im Zivilprozess

unter besonderer Berücksichtigung seiner Stellung
als selbständig handelnde Partei
(am Beispiel der zürcherischen Zivilprozessordnung)

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
REINHOLD SCHÄTZLE
von Gottlieben TG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1982

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 26. Mai 1982

Der Dekan:

Prof. Dr. E. Stark



Meiner lieben Liliana
und unseren Kindern
 Désirée
 Gregor
 Raoul



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALTSVERZEICHNIS

Gesetze und Gesetzessammlungen	XII
Zeitschriften und Entscheidsammlungen	XIII
Allgemeine Abkürzungen	XIV
Literaturverzeichnis	XV

Einleitung	1
------------	---

1. Teil: DAS KIND ALS PARTEI

1. Kapitel: BESONDERHEITEN BEZÜGLICH DER ALLG. BESTIMMUNGEN DER ZPO

§ 1 Die Gerichtsstände des Kindes	3
I. Der allgemeine Gerichtsstand	3
1. Der Begriff des allg. Gerichtsstandes	3
2. Der Begriff des Wohnsitzes im allg.	3
a) Der zivilrechtliche Begriff	3
b) Der prozessrechtliche Begriff	4
3. Der Wohnsitz des Kindes im besonderen	5
a) Grundsatz	5
b) Ausnahmen ?	5
II. Die Sondergerichtsstände des zürch. Rechts	11
1. Vorbemerkungen	11
2. Der Gerichtsstand am Ort der Niederlassung (§ 3 ZPO)	11
3. Der Gerichtsstand am gewählten Spezialdomizil (§ 4 ZPO)	12
4. Der Gerichtsstand für Betreibungssachen (§ 9 ZPO)	12
5. Der Gerichtsstand für Delikts- und Unterlassungsklagen (§ 10 ZPO)	13
6. Der vereinbarte Gerichtsstand (§ 11 ZPO)	14
7. Der Gerichtsstand der Einlassung (§ 12 ZPO)	15

III. Die bundesrechtlichen Gerichtsstandsbestimmungen	16
1. Vorbemerkungen	16
2. Die Gerichtsstandsbestimmungen im ZGB und NAG	17
a) Der Gerichtsstand für die Klage auf Untersagung des Eheabschlusses (Art. 111 ZGB)	17
b) Der Gerichtsstand bei Klagen auf Feststellung und Anfechtung des Kindesverhältnisses (Art. 252 ff. ZGB)	18
c) Der Gerichtsstand bei der Verwandtenunterstützungsklage (Art. 328 ff. ZGB)	19
3. Die Gerichtsstände in den übrigen Bundesgesetzen	19
a) Der Gerichtsstand für Klagen aus dem Arbeitsverhältnis (Art. 343 OR)	19
b) Der Gerichtsstand für Klagen auf Schadenersatz aus Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr (Art. 84 f. SVG)	19
c) Der Gerichtsstand für Klagen des SchKG	20
§ 2 Die sachliche und die funktionelle Zuständigkeit	23
§ 3 Die Parteifähigkeit	25
I. Begriff und Wesen	25
1. Partei	25
2. Parteifähigkeit	25
II. Die Parteifähigkeit von Kindern	26
1. Allgemein	26
2. Der Nasciturus im besonderen	26
§ 4 Die Prozessfähigkeit	27
I. Begriff	27
II. Die Handlungsfähigkeit im allgemeinen	28
1. Begriff	29
2. Voraussetzungen	29
a) Mündigkeit	29

b) Urteilsfähigkeit	31
aa) Im allgemeinen	31
bb) Der Kinder im besonderen	31
III. Die Handlungs- und Prozessfähigkeit der urteilsunfähigen Unmündigen	33
IV. Die beschränkte Handlungs- und Prozess(un)-fähigkeit der urteilsfähigen Unmündigen	34
1. Vorbemerkung	34
2. Grundsatz	34
3. Ausnahmen	35
a) Ueberblick	35
b) Gründe	36
c) Die Ausnahmen im einzelnen	37
aa) Das Handeln mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters	37
aaa) Allgemeines	37
bbb) Die zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfte	38
aaaa) Verbreitung, Abgrenzung vom eigenständigen Handeln	38
bbbb) Das Handeln für die Gemeinschaft (Art. 306 ZGB)	40
cccc) Zuwendungen an das Kind (Art. 321 ZGB)	40
dddd) Gestattung des selbständigen Betriebes von Beruf und Gewerbe (Art. 305 i.V. mit Art. 412 ZGB)	41
eeee) Das Kind als Gesellschafter	41
ffff) Zustimmung zur Begründung eines eigenen Haushaltes	42
ccc) Impliziert die Zustimmung auch die Ermächtigung zur Prozessführung ?	43
bb) Das Erlangen unentgeltlicher Vorteile	45
cc) Die Ausübung der höchstpersönlichen Rechte	47
aaa) Bedeutung und Umfang	47
bbb) Grundsatz	49

ccc) Ausnahmen	49
ddd) Die wichtigsten Anwendungsfälle der selbständigen Ausübung höchstpersönlicher Rechte	50
aaaa) Recht auf Genugtuung	51
bbbb) Feststellung des Rechts auf Führung eines bestimmten Namens oder auf Unterlassung der Führung des eigenen Namens durch einen Dritten (Art. 29 ZGB)	51
cccc) Recht der Eltern auf persönlichen Verkehr mit ihren Kindern (Art. 273 ZGB)	51
dddd) Feststellung des Kindesverhältnisses (Art. 261 Abs. 1 ZGB)	51
eeee) Anfechtung der Vermutung der Vaterschaft (Art. 256 Ziff. 2 ZGB und Art. 259 Ziff. 2 ZGB)	53
ffff) Anfechtung der Anerkennung (Art. 260a ZGB)	53
gggg) Unterhaltsklage (Art. 279 ZGB)	54
dd) Die Deliktsfähigkeit	55
ee) Die Verfügung über den eigenen Arbeitserwerb	58
ff) Das Handeln gemäss § 28 ZPO	63
V. Kritik der gegenwärtigen Regelung	66
§ 5 Die Postulationsfähigkeit	71
I. Allgemeines	71
II. Die Postulationsfähigkeit des urteilsunfähigen Unmündigen	72
III. Die Postulationsfähigkeit des urteilsfähigen Unmündigen	72
1. In eigener Sache	72
a) Im Bereiche zugestandener eigener Prozessfähigkeit	72
b) Im Bereiche der dem gesetzlichen Vertreter zukommenden Rechtswahrung	73

2. Als Vertreter eines Dritten	74
§ 6 Das Recht zur Bestellung eines Rechts- vertreters	75
I. Das selbständig handelnde Kind	75
II. Das mit Zustimmung des gesetzlichen Ver- treters handelnde Kind	76
III. Das Rechtsverhältnis zum ernannten Rechtsvertreter	76
§ 7 Die Streitgenossenschaft	78
I. Der Begriff der Streitgenossenschaft	78
II. Das Kind in der einfachen Streitgenossen- schaft	78
III. Das Kind in der notwendigen Streitgenossen- schaft	78
§ 8 Intervention und Streitverkündung	80
I. Allgemeines	80
II. Die Hauptintervention	81
III. Die Nebenintervention	81
IV. Die Streitverkündung	82
§ 9 Der Parteiwechsel	83
I. Der eigentliche Parteiwechsel	83
II. Das Kind erreicht im Laufe des Prozesses die Urteilsfähigkeit bzw. die Mündigkeit	83
1. Es erlangt die Urteilsfähigkeit	83
2. Es erreicht die Mündigkeit	84
§ 10 Die Anwendung der allgemeinen Verfahrens- grundsätze auf Kinder	85
I. Fragestellung	85
II. Die Grundsätze im einzelnen	85
1. Verhalten im Prozess	85
2. Förderung der Prozesserledigung	85
3. Die Verhandlungsmaxime und ihre Einschränkungen	86

a) Die richterliche Fragepflicht	87
b) Uebrige Einschränkungen	88
4. Die Offizialmaxime	88
§ 11 Die Prozesskosten	90
I. Gerichtskosten und Prozessentschädigungen	90
1. Allgemeines	90
2. Gerichtskosten	90
3. Prozessentschädigungen	91
II. Kautionen	92
III. Barvorschüsse	92
§ 12 Unentgeltliche Prozessführung und unentgeltlicher Rechtsbeistand	93
I. Allgemeines	93
II. Die unentgeltliche Prozessführung	94
1. Voraussetzungen	94
a) Mittellosigkeit	94
b) Die Sache darf nicht aussichtslos sein	97
2. Wirkungen	98
3. Rechtsmittel	98
III. Der unentgeltliche Rechtsbeistand	98
1. Voraussetzungen	98
2. Wirkungen	99
3. Rechtsmittel	100

2. Kapitel: BESONDERHEITEN BEZÜGLICH DER EINZELNEN
VERFAHREN

§ 13 Das Sühn- und das Erkenntnisverfahren vor Friedensrichter	101
I. Das Kind im Sühnverfahren	101
II. Das Kind im Erkenntnisverfahren	101
§ 14 Das Säumnisverfahren	104
I. Allgemeines	104
II. Die Säumnis beim vertretenen Kind	104
III. Die Säumnis beim selbständig handelnden Kind	105
§ 15 Das Beweisverfahren	108
I. Abgrenzung	108
II. Die Parteibefragung	108
III. Die Beweisaussage	109
§ 16 Das summarische Verfahren (inkl. Befehlsverfahren)	110
I. Allgemeines	110
II. Die Geschäfte im einzelnen	110
1. Im SchKG	110
2. Im Personenrecht	111
3. Im Obligationenrecht	111
III. Das Befehlsverfahren	111
§ 17 Das beschleunigte Verfahren	114
§ 18 Das Schiedsgerichtsverfahren	115
I. Bedeutung	115
II. Die Fähigkeit zum Abschluss einer Schiedsabrede	115
III. Die Fähigkeit, Schiedsrichter (oder Sekretär) zu sein	116

§ 19 Das Rechtsmittelverfahren	118
I. Verfahrensvorschriften	118
II. Die Befugnis zum Ergreifen von Rechtsmitteln	118
1. Das Kind als Partei	118
a) Urteilsunfähige Kinder	118
b) Urteilsfähige Kinder	119
2. Das Kind als betroffener Dritter	121
III. Der Verzicht auf Rechtsmittel	121
1. Urteilsunfähige Kinder	121
2. Urteilsfähige Kinder	
a) Wenn sie selbständig handeln	121
b) Wenn sie vertreten werden	122
§ 20 Die kantonalrechtliche Zwangsvollstreckung	124
I. Allgemeines	124
II. Mögliche Anwendungsfälle	125
III. Die Vollstreckungsmittel	125
1. Die Ordnungsbusse	125
2. Die Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB	126

2. Teil: DAS KIND IM PROZESSE DRITTER

1. Kapitel: DAS KIND ALS ZEUGE

§ 21 Begriffe	127
I. Zeuge	127
II. Zeugnisfähigkeit	128
1. Die Wahrnehmungsfähigkeit	128
2. Die Erinnerungsfähigkeit	128
3. Die Mitteilungs- oder Ausdrucks- fähigkeit	128
§ 22 Die Zeugnisfähigkeit des Kindes im besonderen	129
I. Problematik	129
II. Die positivrechtlichen Regelungen	131
III. Kritik	131
IV. Entwicklungspsychologische Erkenntnisse	133
1. Kleinkinder	133
2. Kindergartenalter	133
3. Unterstufe	134
4. Pubertätszeit	134
V. Schluss	135
§ 23 Die Pflichten und Rechte des Zeugen	136
I. Die Pflichten	136
1. Die Pflicht zum Erscheinen	136
2. Die Pflicht zur Aussage	136
3. Die Pflicht zur Wahrheit	137
4. Nebenpflichten	137
II. Die Rechte	138
1. Rücksichtnahme	138
2. Zeugenentschädigung	138
3. Zeugnisverweigerungsrecht	139
a) Sinn und Umfang	139
b) Hinweis auf das Zeugnisverweige- rungsrecht und die Folgen der Unterlassung	140

c) Ausübung des Zeugnisverweigerungs- rechtes, insb. bei Kindern	141
§ 24 Die Form der Zeugeneinvernahme	144
I. Bedeutung	144
II. Befragende Person	144
III. Ambiance	145
1. Die räumliche Ambiance	145
2. Die persönliche Ambiance	146
IV. Einvernahmetechnik	147
§ 25 Die Bewertung der Zeugenaussagen von Kindern	148
I. Der Zeugenbeweis im allgemeinen	148
II. Die Aussagen von Kindern im besonderen	148
§ 26 Die Sanktionen bei Verletzung der Zeugnispflicht	150
I. Notwendigkeit	150
II. Die Zwangsmassnahmen im einzelnen	151
1. Bei Nichterscheinen	151
2. Bei unbefugter Aussageverweigerung	151
a) Kinder unter 7 Jahren	152
b) Kinder von 7-15 Jahren	152
c) Jugendliche von 15-18 Jahren	153
d) Ueber 18 Jahre alte Zeugen	153
3. Bei falschem Zeugnis	154
4. Bei Verletzung von Nebenpflichten	154
III. Weitere Folgen	154
1. Kostentragungspflicht	154
a) Bei Nichterscheinen	154
b) Bei unbefugter Aussageverweigerung	155
2. Schadenersatzpflicht	155

2. Kapitel: ANDERE FORMEN DES EINBEZUGS

§ 27 Die Pflicht zur Duldung eines Augenscheins	156
I. Grundsatz	156
II. Ausnahme	156
III. Sanktionen bei unbefugter Verweigerung des Augenscheins	156
1. Bei Parteistellung des Kindes	156
2. Bei Drittstellung des Kindes	157
§ 28 Die Pflicht zur Mitwirkung an Abstammungs- untersuchungen	158
I. Umfang, Kreis der Verpflichteten	158
II. Untersuchungsverweigerungsrecht ?	159
III. Sanktionen	160
§ 29 Die Urkundeneditionspflicht	161
I. Grundsatz	161
II. Ausnahmen	161
1. Aufgrund analoger Anwendung des Zeugnisverweigerungsrechtes	161
2. Aufgrund der besonderen Natur der Urkunde	162
III. Sanktionen bei Verletzung der Editionspflicht	162
1. Bei Parteistellung des Kindes	162
2. Bei Drittstellung des Kindes	162
§ 30 Die Anhörungsrechte	163
I. Abgrenzungen	163
II. Die Bedeutung der Anhörungsrechte	164
1. In erzieherischer Hinsicht	164
2. In rechtlicher Hinsicht	164
III. Anwendungsfälle	165
1. Allgemein	165
2. Bei der Kinderzuteilung im Scheidungsprozess	166
SCHLUSSWORT	170

GESETZE UND GESETZESSAMMLUNGEN

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
AS	Amtliche Sammlung der eidgen. Gesetze
azPO	Zürcherische Zivilprozessordnung vom 13. April 1913
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
EV	Bundesverfassung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
NAG	Bundesgesetz betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter
OR	Obligationenrecht
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SVG	Strassenverkehrsgesetz
VwVG	Verwaltungsverfahrensgesetz
ZG	Zürcher Gesetzessammlung
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung ohne weitere Angabe: ZPO des Kantons Zürich andernfalls: ZPO des bezeichneten Kantons

ZEITSCHRIFTEN UND ENTSCHEIDUNGSSAMMLUNGEN

BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BJM	Basler juristische Mitteilungen
Pra	Die Praxis des Bundesgerichtes
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR NF	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen

ALLGEMEINE ABKÜRZUNGEN

a.A.	anderer Ansicht
aArt.	Artikel des ZGB in der Fassung von 1907
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
f. ff.	folgende, fortfolgende
gl.M.	gleicher Meinung
i.S.	im Sinne
i.V.	in Verbindung
JStr.	Jugendstrafrecht
Lit.	Literatur
m.E.	meines Erachtens
N	Note
Nr.	Nummer
S.	Seite (wird nur zur Vermeidung von Unklarheiten angegeben)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitierte

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- Binder Hans Binder, Die Urteilsfähigkeit in psychologischer, psychiatrischer und juristischer Sicht, Zürich 1964
- Birkenmaier Peter Birkenmaier, Die Zeugnisfähigkeit in den schweizerischen Zivilprozessordnungen, Diss. Zürich 1966
- Botschaft Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Aenderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesverhältnis) vom 5. Juni 1974, BB1 1974, Band II, 1 ff.
- Andreas Bucher Andreas Bucher, Der abhängige Wohnsitz nicht selbständiger Personen (Art. 25 ZGB), in ZVW 32 (1977) 41 ff.
- Bucher Eugen Bucher, Berner Kommentar, Band I: Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung: Die natürlichen Personen, 1. Teilband: Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, 3. Aufl., Bern 1976
- Bühler/Spühler Walter Bühler / Karl Spühler, Berner Kommentar, Band II: Das Familienrecht, 1. Abt.: Das Eherecht, 1. Teilband, 2. Hälfte: Die Ehescheidung (Art. 137-158 ZGB), 3. Aufl., Bern 1980
- Cosman Rudolf Cosman, La capacité civile en droit suisse, thèse Genève 1941
- Degoumois Valy Degoumois, Le concept d'éducation dans le nouveau droit de filiation, ZVW 34 (1979), 1 ff.

- Deschenaux Henri Deschenaux, Note sur le domicile propre du mineur sous puissance paternelle, in Journal des Tribunaux, 89eme année (1941), 594 ff.
- Egger, Personenrecht August Egger, Zürcher Kommentar, Einleitung und Personenrecht (Art. 1-89 ZGB), 2. Aufl., Zürich 1930
- Egger, Vormundschaft August Egger, Zürcher Kommentar, Familienrecht, 3. Abt.: Die Vormundschaft (Art. 360-456 ZGB), 2. Aufl., Zürich, 1948
- Escher Arnold Escher, Zürcher Kommentar, Das Erbrecht, 1. Abt.: Die Erben (Art. 457-536 ZGB), 3. Aufl., Zürich 1959
- Galliker Franz Galliker, Die Ausübung der höchstpersönlichen Rechte durch den urteilsfähigen und den urteilsunfähigen Bevormundeten, Diss. Basel 1950
- Gontersweiler Ursula Gontersweiler-Lüchinger, Die Wahrung höchstpersönlicher Rechte handlungsunfähiger und beschränkt handlungsfähiger Personen, Diss. Zürich 1955
- Grossen Jacques-Michel Grossen, Das Recht der Einzelpersonen, in Schweizerisches Privatrecht, Band II, 285 ff.
- Guldener Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979
- Hauser/Hauser Willy Hauser / Robert Hauser, Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl., Zürich 1978
- Hauser,
Prozessuale Stellung Robert Hauser, Die prozessuale Stellung des Kindes als Zeuge und geschädigte Partei, in SJZ 59 (1963) 209 ff.

- Hauser, Zeugenbeweis Robert Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zürich 1974
- Hegnauer Cyril Hegnauer, Berner Kommentar, Band II: Das Familienrecht, 2. Abt.: Die Verwandtschaft, 1. Teilband: Das eheliche Kindesverhältnis (Art. 252-301 ZGB), 2. Teilband: Das aussereheliche Kindesverhältnis (Art. 302-327 ZGB), 3. Aufl., Bern 1964
- Hegnauer, Adoption Cyril Hegnauer, Berner Kommentar, Band II: Das Familienrecht, 2. Abt.: Die Verwandtschaft, Sonderband: Die Adoption (Art. 264-269c ZGB und Art. 12a-12c SchlT), Bern 1975
- Hegnauer, Kindesrecht Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, Bern 1977
- Hohl Johannes Hohl, Die Vertretungsmacht der Eltern und die beschränkte Handlungsfähigkeit des Kindes nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Bern 1916
- Holenstein Peter Holenstein, Die prozessuale Stellung des gesetzlich über Drittrechte Verfügungsberechtigten, Diss. Zürich 1975
- Hug Bruno Hug, Die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft nach dem neuen Schweizer Kindesrecht, Diss. Fribourg 1977
- Jaeger Peter Jaeger, Der Vertrauensschutz im Verkehr mit handlungsunfähigen Personen, Diss. Zürich 1946
- Jäggi Peter Jäggi, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, in ZSR NF 79 (1960), 2. Halbband, 137a ff.

- Jorio Tino Jorio, Der Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem neuen Kindesrecht, Diss. Fribourg 1977
- Kaufmann Joseph Kaufmann, Berner Kommentar, Band II: Das Familienrecht, 3. Abt.: Die Vormundschaft (Art. 360-456 ZGB), 2. Aufl. Bern 1924
- Klopfer Rainer Klopfer, Die Haftung des Zeugen und des gerichtlichen Sachverständigen im Zivil- und Strafprozess von Bund und Kanton Zürich, Diss. Zürich 1977
- Kober Ernst Kober, Die beschränkte Handlungsfähigkeit des urteilsfähigen Minderjährigen, Diss. Basel 1938
- Krähenbühl Werner Krähenbühl, Das Zeugnisverweigerungsrecht im Schweizerischen Zivilprozess, Diss. Basel 1952
- Lador Jacques Lador, Des droits strictement personnels, thèse Lausanne 1933
- Lindegger Marianne Lindegger, Die Rechte des Mündels im schweizerischen ZGB (insbesondere der Ausschluss der Vertretungsmacht des Vormunds, das eigene Handeln und die Mitwirkung des Bevormundeten), Diss. Bern 1952
- Lutz August Lutz, Zum Problem der Urteilsfähigkeit, Diss. Zürich 1927
- Maechler Josef Maechler, Unmündige und Entmündigte als Kaufleute, Diss. Basel 1940
- Metzler Martin Metzler, Die Unterhaltsverträge nach dem neuen Kindesrecht (Art. 287 und 288 ZGB), Diss. Fribourg 1980

- Oftinger Karl Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 4. Aufl., Zürich 1975; Band II/1, 2. Aufl., Zürich 1960; Band II/2, 2. Aufl., Zürich 1962
- Peter Adolf Peter, Die Urteilsfähigkeit (ihre Voraussetzungen, Beschränkungen und ihre Stellung im Zivil- und Prozessrecht, Diss. Bern 1940
- Pfäffli Paul Pfäffli, Das falsche Zeugnis, Diss. Bern 1962
- Probst Ernst Probst, Kinder und Jugendliche als Zeugen, Basel 1945
- Reich Werner A. Reich, Partei- und Prozessfähigkeit und die Folgen ihres Mangels, Diss. Zürich 1941
- Reusser Ruth Reusser, Unterhaltspflicht, Unterstützungspflicht, Kindesvermögen, in Berner Tage für die iuristische Praxis, Bern 1978, 62-87
- Rohner Willi Rohner, Kinder und Jugendliche als Zeugen im Strafverfahren, Diss. Bern 1975
- Saladin Peter Saladin, Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, in "Familienrecht im Wandel", Festschrift für Hans Hinderling, Basel/Stuttgart 1976
- Speiser Paul-Louis Speiser, Der Arbeitserwerb des unmündigen Kindes, Diss. Basel 1944
- Schmid Oskar Schmid, Das rechtsgeschäftliche Handeln des unter elterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen, unter spezieller Berücksichtigung des Handelns für die Gemeinschaft i.S. des Art. 281 ZGB, Diss. Zürich 1950

- Sträuli/Messmer Hans Sträuli / Georg Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1976
- Stocker Werner Stocker, Fragen der prozessualen Handlungsfähigkeit des Nichtmündigen, in "Vormundschaftliche Fürsorge", Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Vereinigung Schweiz. Amtsvormünder, Zürich 1963, 195-202
- Tuor/Schnyder Peter Tuor / Bernhard Schnyder, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl., Zürich 1977
- vonTuhr/Peter Andreas von Tuhr / Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979
- Voyame Joseph Voyame, Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, in ZSR NF 80 (1961), 67 ff.
- Walder Hans Ulrich Walder, Der neue Zürcher Zivilprozess, 2. Aufl., Zürich 1979
- Walder,
Prozesserledigung Hans Ulrich Walder, Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung nach zürcherischem Recht, Zürich 1966
- Walder, Tafeln Hans Ulrich Walder, Tafeln zum Zivilprozessrecht, Zürich 1976 ff.
- Weber A. Weber, Die Bewertung der Aussagen von Kindern und Jugendlichen nach ihrem sprachlichen Ausdruck, in ZStr 69 (1954), 515 ff.
- Weisung Weisung des Regierungsrates zum Entwurf der neuen ZPO vom 19. August 1971, Amtsblatt 1971, Band II, S. 1883 ff.
- Zenhäusern Armand Zenhäusern, Der Zeugenbeweis im Zivilprozess, Diss. Fribourg 1959

EINLEITUNG

Das Kind (als Sammelbegriff für alle Unmündigen verstanden) rückt immer mehr ins Zentrum humanitärer, soziologischer, politischer und wirtschaftlicher Interessen. Einige Stichworte hiezu müssen genügen: Jahr des Kindes, Marktpotential Jugendliche, soziale und politische Integration, Jugendkrawalle.

Diese Entwicklung konnte und kann vom Recht nicht unbeachtet bleiben. Mit der Revision des Kindesrechtes wurde zumindest im materiellen Bundesrecht versucht, das Recht an die gelebte Wirklichkeit heranzuführen. Die vorliegende Dissertation befasst sich vorwiegend mit der Frage, wieweit das Zivilprozessrecht als dienendes Recht den veränderten Verhältnissen Rechnung trägt.

Soweit dies möglich und sinnvoll erscheint, folgt die Arbeit Inhalt und Aufbau der zürcherischen Zivilprozessordnung. Wie aus dem Untertitel hervorgeht, wird - wenn kantonales Recht zum Zuge kommt - jeweilen die zürcherische Regelung behandelt. Weil zum einen auch die Zivilprozessordnungen der übrigen Kantone kaum spezielle Regelungen für Kinder kennen und zum anderen die Hauptfragen vom Bundesrecht beherrscht werden, sind die Ausführungen weitgehend auch auf andere Kantone übertragbar.

Angesichts der weitgespannten Thematik ist es unumgänglich, Schwerpunkte zu setzen. Als solche sind besonders hervorzuheben: Die Prozessfähigkeit mit Zustimmung der gesetzlichen Vertreter und im Bereiche der höchstpersönlichen Rechte sowie im Rahmen des eigenen Arbeitserwerbes; die Frage des Gerichtsstandes und die Behandlung des Kindes als Zeuge. Besondere

Beachtung wird in der ganzen Arbeit den Problemen der selbständigen Prozessführung urteilsfähiger Unmündiger geschenkt.

Nicht Gegenstand des Themas bildet dagegen die grundlegende Darstellung der einzelnen prozessrechtlichen Institute. Auch muss der Gefahr begegnet werden, die Arbeit im Sinne einer Gesamtschau der Rechte des Kindes ausufern zu lassen. Daher sind alle verwaltungsrechtlichen Verfahren sowie die materiellrechtlichen Probleme der elterlichen Gewalt, der Vormundschaft und der Beistandschaft ausgeklammert. Ebenso kann auf die hochinteressanten Bezüge der privat- und prozessrechtlichen Befugnisse der Unmündigen zum Verfassungsrecht nur am Rande eingegangen werden (1).

(1) Vgl. hierzu den Aufsatz von Saladin (Literaturverzeichnis)

I. TEIL: DAS KIND ALS PARTEI

I. KAPITEL: BESONDERHEITEN BEZÜGLICH DER ALLGEMEINEN BESTIMMUNGEN DER ZIVILPROZESSORDNUNG

§ 1 DIE GERICHTSSTÄNDE DES KINDES (ÖRTLICHE ZUSTÄNDIGKEIT)

I. Der allgemeine Gerichtsstand

1. Der Begriff des allgemeinen Gerichtsstandes

Der allgemeine Gerichtsstand bezeichnet denjenigen Ort, an dem ein Beklagter ins Recht zu fassen ist, wenn weder das Bundesrecht, noch das kantonale Zivilprozessrecht einen anderen Ort bezeichnen. Für natürliche Personen - somit auch für Kinder - gilt nach allen Zivilprozessordnungen der Wohnsitz des Beklagten zur Zeit der Klageerhebung als allgemeiner Gerichtsstand (1).

2. Der Begriff des Wohnsitzes im allgemeinen

a) Der zivilrechtliche Begriff

Der Wohnsitz (2) bildet gewissermassen die rechtliche Adresse einer Person, d.h. es ist der Ort, an dem sie sich im Rechtssinne befindet (3). Nach Art. 23 Abs. 1 ZGB liegt dieser Ort dort, wo sich eine Person mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält, wo sie mit anderen Worten ihren Lebensmittelpunkt hat (4)(5).

(1) Walder, 91

(2) "Wohnsitz" ist ein Rechtsbegriff, der vom Bundesgericht frei überprüft wird (BGE 97 II 3 E. 3). Die tatbestandlichen Elemente, die Grundlage einer Wohnsitzfestsetzung bilden, werden jedoch als Tatfrage behandelt und dementsprechend vom Bundesgericht nicht frei überprüft (BGE 96 II 166, BGE 90 II 217).

(3) Grossen, 345

(4) Bucher, N 2 f. zu Art. 23 ZGB

(5) Ausführlich: Bucher, 539 ff.; Grossen, 345 ff.

b) Der prozessrechtliche_Begriff

Der Wohnsitzbegriff greift über das ZGB hinaus und hat ebenso Bedeutung im Verfassungsrecht (6), im internationalen Privatrecht, im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, im Steuerrecht und nicht zuletzt im Zivilprozessrecht (7).

Der prozessrechtliche Wohnsitzbegriff braucht sich nicht notwendigerweise mit dem zivilrechtlichen gemäss Art. 23 ff. ZGB zu decken (8). Für den Kanton Zürich - wie auch für weitere Kantone (9) - gilt jedoch nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung auch im Zivilprozessrecht der Wohnsitzbegriff von Art. 23 ff. ZGB (10).

Zur Erleichterung der Rechtsverfolgung sieht die Zürcher Zivilprozessordnung aber zwei subsidiäre allgemeine Gerichtsstände vor (11), die teilweise vom bundesrechtlichen Wohnsitzbegriff abweichen (12). Hat der Beklagte seinen bisherigen Wohnsitz aufgegeben, ohne einen neuen zu begründen oder liegt sein Wohnsitz nicht in der Schweiz, so kann er an seinem gewöhnlichen Aufenthaltsort (13) belangt werden. Weist der Beklagte weder einen Wohnsitz noch einen gewöhnlichen Aufenthaltsort in der Schweiz nach, so kann die gegen ihn gerichtete Klage am jeweiligen Aufenthaltsort angebracht werden (14).

-
- (6) Auf die Problematik von Art. 59 BV kann hier nicht eingegangen werden; vgl. hiezu: Bucher, N 42 ff. vor Art. 22-26 ZGB; Guldener, 62 ff.; Walder, 92 f.
- (7) Näheres: Bucher, N 37 ff. vor Art. 22-26 ZGB
- (8) Guldener, 82
- (9) Bucher, N 38 vor Art. 22-26 ZGB; Guldener, 83 N 9
- (10) § 2 Abs. 1, 2. Satz
- (11) § 2 Abs. 2 und 3 ZPO
- (12) Guldener, 82 f.; Sträuli/Messmer, N 4 zu § 2 ZPO; Walder, 92, insbesondere N 4
- (13) Zum Begriff: Sträuli/Messmer, N 5 zu § 2 ZPO
- (14) § 2 Abs. 3 ZPO

3. Der Wohnsitz des Kindes im besonderen

a) Grundsatz

Art. 25 Abs. 1 ZGB bestimmt, dass der Wohnsitz von Vater und Mutter als Wohnsitz der unter ihrer Gewalt stehenden Kinder gilt, der Sitz der Vormundschaftsbehörde als Wohnsitz der bevormundeten Personen. Dieser unselbständige gesetzliche Wohnsitz (15), auch abgeleiteter Wohnsitz genannt (16), ist verknüpft mit der elterlichen bzw. vormundschaftlichen Gewalt und dauert so lange wie diese (17). Nach Beendigung der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt dauert er bis zur Begründung eines eigenen, selbständigen Wohnsitzes fort.

b) Ausnahmen ?

Die obgenannte Regelung ist unproblematisch für diejenigen Kinder, die mit ihren Eltern oder mit dem gewalthabenden Elternteil zusammenleben. Wie ist es aber zu halten, wenn ein Kind von seinen Eltern getrennt lebt und auch wirtschaftlich von ihnen unabhängig ist? Und wo ist der Wohnsitz eines seit Jahren in der Obhut von Pflegeeltern befindlichen Kindes, dessen Eltern sich kaum um ihr Kind kümmern? Wo soll ein nicht bei seiner Mutter wohnendes Kind einer unmündigen Mutter, die ihrerseits nicht mit ihren den Wohnsitz bestimmenden Eltern zusammenlebt, seinen ordentlichen Gerichtsstand haben? Wo befindet sich schliesslich der Wohnsitz eines unter der Gewalt beider Eltern stehenden Kindes, wenn die Eltern keinen gemeinsamen Wohnsitz (mehr) haben und das Kind bei einem Elternteil wohnt?

(15) Grossen, 347

(16) Bucher, N 1 zu Art. 25 ZGB

(17) Bucher, N 2 zu Art. 25 ZGB

Im letztgenannten Fall ist zu unterscheiden: Wurde einem Elternteil die Obhut anvertraut, so befindet sich der Wohnsitz des Kindes vernünftigerweise beim obhutsberechtigten Elternteil (18). Wurde über die Obhutszuweisung noch nicht entschieden, so müsste der Richter über den massgeblichen Wohnsitz entscheiden. Diese Lösung muss als unpraktikabel abgelehnt werden. Der Wohnsitz des Kindes sollte sich diesfalls nach dessen wirklichem Lebensmittelpunkt bestimmen (19).

Dieselbe Lösung ist für das Kind zu treffen, das sich bei Pflegeeltern befindet, wenn diese faktisch die elterliche Gewalt ausüben (20).

Auch im Falle der minderjährigen Mutter muss im Interesse des Kindes auf dessen tatsächlichen Wohnort abgestellt werden (21).

Das neue Kindesrecht hat durch Schaffung einer doppelten Zuständigkeit (sowohl am Wohnsitz, wie auch am Aufenthaltsort) für Kindesschutzmassnahmen einer unsachgemässen Wohnsitzfestlegung vorgebeugt (22).

Umstritten ist, wo sich der Wohnsitz des ausserhalb des elterlichen Wohnsitzes lebenden und arbeitenden Kindes befinde.

Das Bundesgericht war in der Entscheidung dieser Frage schwankend. Zuerst anerkannte es auch bei unselbständiger Erwerbstätigkeit einen selbständigen Wohnsitz des urteilsfähigen Unmündigen (23), danach nur noch für den, der gemäss Art. 412 ZGB

(18) Bucher, N 57 zu Art. 25 ZGB

(19) Andreas Bucher, 53; Bucher, N 58 zu Art. 25 ZGB

(20) Bucher, N 68 zu Art. 25 ZGB und dortige Verweise

(21) Andreas Bucher, 51; BGE 94 II 227

(22) Art. 315 ZGB; Andreas Bucher, 53

(23) BGE 45 II 245 f.

mit elterlicher (24) oder vormundschaftsbehördlicher Bewilligung selbständig einen Beruf oder ein Gewerbe betreibt (25). Schliesslich gab es diese Rechtsprechung ganz auf und entschied, dass alle Unmündigen unter elterlicher Gewalt ihren Wohnsitz an demjenigen des Inhabers der elterlichen Gewalt haben (26). Eine Ausnahme liess es - auch dort schwankend - nur in Bezug auf den Steuerwohnsitz zu (27).

Die Doktrin ist sich uneins. GROSSEN (28) und DESCHENAUX (29) treten für einen ausschliesslichen Gerichtsstand am Wohnsitz des Inhabers der elterlichen Gewalt bzw. der Vormundschaftsbehörde ein. Nur er entspreche Sinn und Wortlaut des Gesetzes. Die Zuweisung eines gesetzlichen Wohnsitzes an die Unmündigen und Entmündigten (30) stelle eine gewollte Schutzmassnahme dar (31). ANDREAS BUCHER (32), EUGEN BUCHER (33), EGGER (34), GULDENER (35)

-
- (24) Die Möglichkeit, eine solche Bewilligung zu erteilen ergibt sich für unter elterlicher Gewalt stehende Kinder aus Art. 305 i.V. mit Art. 412 ZGB.
- (25) BGE 67 II 83 f.; 69 II 340; 76 I 302 ff.
- (26) BGE 85 III 164 f.; 94 II 226 f.; vgl. auch ZR 60 Nr. 90, wo den in unselbständiger Stellung tätigen Unmündigen weder ein Wohnsitz noch ein Betreibungsstand am Arbeitsort gewährt wird.
- (27) BGE 76 I 302 ff. (Steuerwohnsitz am Wohnsitz des Inhabers der elt. Gewalt); BGE 80 I 184 ff. (Steuerwohnsitz am Arbeitsort).
- (28) 348
- (29) 594 ff.
- (30) Zum Wohnsitz der Bevormundeten: Hegnauer, in ZVW 36 (1981) 67 ff.
- (31) Grossen, 348 unten
- (32) 52 ff.
- (33) N 64 ff. zu Art. 25 ZGB
- (34) N 8 zu Art. 25 ZGB
- (35) 83, Anm. 10 (allerdings ohne Begründung und lediglich unter Hinweis auf ein überholtes Bundesgerichtsurteil (BGE 67 II 83)).

und SPEISER (36) halten einen sich am tatsächlichen Lebensmittelpunkt befindlichen selbständigen Wohnsitz des von seinen Eltern persönlich und ökonomisch unabhängig lebenden Minderjährigen für möglich und sinnvoll.

Es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb ein sich in der beschriebenen Lage befindlicher, regelmässig wenige Jahre von der Mündigkeit entfernter, junger Mensch am tatsächlichen Lebensmittelpunkt zwar ein Steuerdomizil (37) begründen kann, weshalb die dortigen Strafverfolgungsbehörden für ihn zuständig sind (38) und weshalb dort ein - allerdings auf Forderungen im Rahmen des Arbeitserwerbes beschränkter - Betreibungsort geschaffen werden kann (39), nicht aber ein Forum für die übrigen Rechte und Pflichten.

Es ist, wie ANDREAS BUCHER richtig feststellte (40), paradox, wenn die Abhängigkeit eines Kindes vom Inhaber der elterlichen Gewalt gerade dann Wirkungen entfalten soll, wenn die betroffenen Personen getrennt leben und die Einwirkungsmöglichkeiten bescheiden sind oder die elterliche Gewalt gar vielfach nur noch formal besteht (41).

Es muss als in hohem Masse inkonsequent bezeichnet werden, wenn dem urteilsfähigen Kinde eine Handlungsfähigkeit im Rahmen seines Arbeitserwerbes zugestanden wird und sich ihm dadurch die Möglichkeit bietet,

(36) 108

(37) BGE 80 I 184 ff.

(38) Art. 372 StGB

(39) BGE 106 III 8 ff.; vergleiche zu diesem Entscheid auch S. 21 f.

(40) 49

(41) Bucher, N 70 zu Art. 25 ZGB

in diesem Umfange Rechtsgeschäfte zu tätigen, insbesondere Kauf- und Mietverträge zu schliessen, Aufträge und Werkverträge ausführen zu lassen, nicht aber die Möglichkeit, sich an seinem tatsächlichen Wohnort, wo er die genannten Verträge meist abgeschlossen haben wird, beklagen zu lassen oder selbst zu klagen.

Wenn allenthalben von einer Erziehung zur Selbstständigkeit und zur selbstverantwortlichen Person die Rede ist und das neue Kindesrecht diese Bestrebungen fördern soll, so bildet die Gewährung eines eigenen Gerichtsstandes am tatsächlichen Lebensmittelpunkt des ausserhalb seines Elternhauses wohnenden, unmündigen, aber urteilsfähigen Kindes den logisch nächsten Schritt auf der Evolutionsskala. Es leuchtet nicht ein, wieso ausgerechnet bei der Gerichtsstandsfrage der Schutzgedanke eine so wesentliche Rolle spielen soll, während beim eigentlichen Abschluss eines Vertrages, also beim Verpflichtungsakt, das Kind auf sich selber gestellt ist und im Rahmen seiner Verdienstmöglichkeiten Rechtsgeschäfte schliessen kann.

Hält man ein urteilsfähiges Kind in einem gewissen Rahmen für handlungs- und damit prozessfähig, so muss ihm auch die Fähigkeit zugetraut werden, seine Rechte in einem anderen Kanton oder in einem anderen Bezirk voll zu wahren. Indem man ihm einen oft nur fiktiven Schutz bietenden "heimatlichen Hafen" anbietet, bereitet man ihm vielfach unnötige Umstände und Umtriebe (42).

(42) Wenn beispielsweise ein im Thurgau arbeitender, urteilsfähiger 19-jähriger Bursche, dessen Eltern im Wallis wohnen, von einem Thurgauer ins Recht gefasst wird, so müssten beide Parteien ins Wallis zum Prozess reisen, obwohl das Streitobjekt, es sei ein Motorrad, ebenfalls im Thurgau steht.

Die Weichen müssen bei der dem Kind zu gewährenden Handlungsfähigkeit gestellt werden. Es geht nicht an, dem Kind vordergründig eine zeitgemässe und der gelebten Wirklichkeit nahekommende Handlungsfähigkeit einzuräumen, diese aber sofort wieder durch formale Einschränkungen, wie die Zuweisung eines bestimmten allgemeinen Gerichtsstandes, de facto einzuschränken und so den (meist fiktiven) Schutz, den man für den Abschluss der betreffenden Geschäfte für entbehrlich hielt, wenigstens zum Teil wieder einzuführen.

Für die davon betroffenen urteilsfähigen Unmündigen bedeutet das eine Misstrauenskundgebung. Für die Vertragspartner Unmündiger eine unnötige Rechtsunsicherheit. Aus all den genannten Gründen, muss der urteilsfähige Unmündige, der vom Wohnsitz seiner gesetzlichen Vertreter entfernt wohnt, lebt und arbeitet und somit persönlich und ökonomisch weitgehende unabhängig ist, an seinem tatsächlichen Lebensmittelpunkt einen ordentlichen Gerichtsstand haben, an dem er klagen kann und an dem er sich auch beklagen lassen muss. Dies ist zumindest für die im Rahmen seiner zum selbständigen Leben ordentlicherweise nötigen Rechtsgeschäfte zu fordern. In diesem Sinne wäre eine Rückkehr zur ursprünglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung die einfachste und der Verkehrssicherheit zuträglichste Lösung.

II. Die Sondergerichtsstände des zürcherischen Rechts

1. Vorbemerkungen

Die vorliegende Arbeit prüft die von der ZPO zur Verfügung gestellten speziellen Gerichtsstände nur unter dem beschränkten Gesichtswinkel ihrer Anwendbarkeit auf Kinder, insbesondere auf jene urteilsfähigen Unmündigen, die ausserhalb des Wohnsitzes ihrer gesetzlichen Vertreter leben (43).

Die Fragestellung lautet demnach: Sind Fälle denkbar, in denen ein Kind an einem Sondergerichtsstand belangt werden kann?

Kantonale Gerichtsstände, die nachfolgend nicht behandelt sind, weisen für Kinder keine Besonderheiten auf oder fallen für sie kaum je in Betracht.

2. Der Gerichtsstand am Ort der Niederlassung (§ 3 ZPO)

Urteilsfähige Unmündige, die mit Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter selbständig einen Beruf oder ein Gewerbe ausüben, können für daraus resultierende Verpflichtungen am Ort des Betriebs belangt werden. Diese Möglichkeit räumen auch diejenigen Autoren ein, die einen selbständigen allgemeinen Gerichtsstand des Kindes, das ausserhalb des Wohnsitzes seines gesetzlichen Vertreters wohnt, verneinen (44) (45).

(43) Für allgemeine Fragen dieser Gerichtsstände: Guldener, 84 ff.; Sträuli/Messmer, S. 6 ff.; Walder, 96 ff.; Walder, Tafeln, Tafel 10

(44) Z.B. Guldener, 85 N 17; Sträuli/Messmer, N 2 zu § 3 ZPO; vgl. auch BGE 67 II 83 und 85 III 164 f.

(45) In unselbständiger Stellung arbeitende Kinder begründen keine Niederlassung im Sinne dieses Paragraphen. Zum Gerichtsstand für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis vgl. aber S. 19

3. Der Gerichtsstand am gewählten Spezialdomizil (§ 4 ZPO)

Schliesst das urteilsfähige Kind im Rahmen der ihm gewährten Handlungsfähigkeit ein Rechtsgeschäft ab oder handelt es ausserhalb dieses Rahmens, aber mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, so muss es ihm freistehen, zur Erfüllung einer eingegangenen Verbindlichkeit schriftlich ein besonderes Domizil zu wählen und sich gegebenenfalls dort gerichtlich belangen zu lassen.

Die gegenteilige Auffassung würde die dem urteilsfähigen Unmündigen eingeräumte, beschränkte Handlungs- und Prozessfähigkeit empfindlich einschränken, ohne seinen Schutz eindeutig zu verbessern. Für beide Parteien ergeben sich zudem oft unnütze Umtriebe, wenn sie gezwungen sind, an einem Forum zu prozessieren, das örtlich und sachlich vom zu entscheidenden Geschehen weit entfernt ist.

4. Der Gerichtsstand für Betreibungssachen (§ 9 ZPO)

Nach § 9 Abs. 2 ZPO sind alle betreibungsrechtlichen Klagen, für die das summarische (46) oder beschleunigte (47) Verfahren vorgeschrieben ist, am Ort der Betreibung, des Konkurses, des Arrestes oder der Retention zu erheben. Mit der Festlegung dieser Orte ist auf die Regelung des SchKG verwiesen, weshalb die betreffenden Gerichtsstände dort zu behandeln sind (48).

Widerspruchsklagen, die sich gegen den Inhaber des Gewahrsams an der gepfändeten Sache richten, sind dann am Ort der gelgenen Sache zu erheben, wenn der Betreibungsort in einem anderen Kanton liegt (49).

(46) § 213 ZPO

(47) § 22 GVG

(48) Vgl. S. 20 ff.

(49) § 9 Abs. 1. 2. Satz ZPO

Dies muss auch für Unmündige gelten. Besitzt demnach ein nicht am Wohnsitz seines gesetzlichen Vertreters lebendes Kind Gewahrsam oder Mitgewahrsam (50) an einer gepfändeten Sache und liegt diese an seinem tatsächlichen Wohnort, so wird durch diesen Umstand in Fällen, bei denen der Betreuungsort in einem anderen Kanton liegt, ein spezieller Gerichtsstand begründet.

Ebenso kann bei einer durch Arrest gesicherten Forderungsklage gegen einen urteilsfähigen Unmündigen dessen tatsächlicher Wohnsitz einen Gerichtsstand begründen (51).

5. Der Gerichtsstand für Delikts- und Unterlassungsklagen (§ 10 ZPO)

Diese Vorschrift findet nur für Beklagte, die in der Schweiz keinen Wohnsitz haben Anwendung. Für urteilsfähige Unmündige ist folgender Anwendungsfall denkbar: Ein 17-jähriger urteilsfähiger Unmündiger Ausländer, dessen Eltern im Ausland leben, arbeite als Küchenbursche in der Schweiz und habe sich wegen einer unerlaubten Handlung i. S. von Art. 41 ff. OR zu verantworten.

Dieses Beispiel zeigt, dass Nützlichkeitsüberlegungen und Forderungen der Praktikabilität u.U. gegenüber dem Schutzgedanken Vorrang haben können. Auch der urteilsfähige unmündige Ausländer würde ja Schutz verdienen und dieser würde eine Klage am Wohnsitz seiner Eltern nahelegen.

(50) BGE 66 III 23

(51) § 9 Abs. 2 ZPO; diese Möglichkeit wird sehr selten sein, weil bereits ein Arrestgrund kaum je gegeben sein wird. Zudem müsste es sich bei der Forderung um eine solche aus dem Bereiche des bewilligten Handlungsspielraumes des Kindes handeln.

6. Vereinbarter Gerichtsstand (§ 11 ZPO)

Die Gerichtsstandsvereinbarung ist ein prozessrechtlicher Vertrag. Sein Abschluss setzt demzufolge Prozessfähigkeit voraus (52).

Soweit einem urteilsfähigen Kind die Prozessfähigkeit zugestanden wird, kann es auch Gerichtsstände vereinbaren. Auf diese Weise wird insbesondere ein Gerichtsstand am wirklichen Wohnort des gewaltunterworfenen urteilsfähigen Minderjährigen geschaffen. Der "Schutz", den die herrschende Lehre und Praxis den meist beinahe volljährigen Kindern angedeihen lassen will, kann dadurch mühelos unterlaufen werden.

Wollte man diese Konsequenz nicht gelten lassen, so müsste man von einer - selbst auf dem beschränkten Gebiet, auf dem urteilsfähige Unmündige handlungs- und prozessfähig sind - relativierten Prozessfähigkeit sprechen. Es ergäben sich erneut beträchtliche Unsicherheiten über die Grenzen der Handlungs- und Prozessfähigkeit der urteilsfähigen Unmündigen. Es muss auch hier der Grundsatz gelten, dass die gewährte Handlungsfähigkeit mit allen Konsequenzen eingeräumt wird.

Anwendungsgebiete dieser häufig in Formularverträgen enthaltenen Gerichtsstandsvereinbarung sind im Bereiche der Möglichkeiten der urteilsfähigen Unmündigen Fernkursverträge, Zeitschriften- und Bücherabonnemente, Kauf- und Leasingverträge.

(52) Sträuli/Messmer, N 2 und 15 zu § 11 ZPO

7. Der Gerichtsstand der Einlassung

Die Frage, ob ein Gerichtsstand der Einlassung auch durch einen urteilsfähigen Unmündigen begründet werden kann, ist schwer zu entscheiden.

Lässt man dem urteilsfähigen Unmündigen die Wahl, sich auch an seinem wirklichen, mit dem seiner gesetzlichen Vertreter nicht übereinstimmenden, Wohnort auf eine Klage einzulassen, so hebt man die Regelung des abhängigen Wohnsitzes für die genannten Kinder vollends aus den Angeln.

Qualitativ ist indessen zwischen Einlassung und Vereinbarung eines Gerichtsstandes kein Unterschied, so dass nach der hier vertretenen Auffassung auch die Einlassung möglich sein muss.

Dies ist nichts weiter als die zwingende Konsequenz einer sachlich begrenzten Handlungs- und Prozessfähigkeit. Im gewährten Rahmen soll der urteilsfähige Unmündige bis und mit der prozessualen Durchsetzung - zu der auch die Bestimmung des Gerichtsstandes gehört - frei sein. Nur diese Haltung entspricht einer wirklichen Emanzipation. Mit anderen Worten: Es sind dem urteilsfähigen Unmündigen nicht bei der prozessualen Durchsetzung, sondern bei der Einräumung der Handlungsfähigkeit Grenzen zu setzen.

III. Die bundesrechtlichen Gerichtsstandsbestimmungen

1. Vorbemerkungen

Auch hier geht es, wie bei den besonderen Gerichtsständen des kantonalen Rechtes, nicht um die Darstellung (53) oder Auflistung (54) aller bundesrechtlichen Gerichtsstandsbestimmungen, sondern nur um die Frage ob sich bei ihrer Anwendung auf Kinder besondere Probleme ergeben.

Bei der Betrachtung der bundesrechtlichen Gerichtsstandsbestimmungen fällt vor allem bei den neueren Gesetzesbestimmungen auf, dass vielfach Wahlgerichtsstände vorgesehen sind (55). Ziel dieser mehrfachen Gerichtsstände ist es, die Rechtsverfolgung zugunsten des Kindes oder des sozial Schwächeren zu erleichtern. Nur diese Betrachtungsweise entspricht dem Wesen des Prozessrechtes und des Gerichtsstandsrechtes, das nicht Selbstzweck zu sein hat, sondern ausschliesslich ordnend und vor allem dienend wirken soll.

Wahlgerichtsstände entschärfen auch die Problematik des abhängigen Wohnsitzes einer urteilsfähigen, unmündigen Person, die nicht am selben Ort wohnt, wie ihr gesetzlicher Vertreter (56).

-
- (53) Dafür vgl. Guldener, 89-91, 97 ff.; Sträuli/Messmer, N 2 f. zu § 1 ZPO; Walder, 102 ff.
- (54) Walder, Tafeln, Tafel 9
- (55) Z.B. Art. 312 ZGB (Vaterschaftsklage): Wohnsitz des Klägers zur Zeit der Geburt oder Wohnsitz des Beklagten zur Zeit der Klageerhebung. Art. 343 Abs. 1 OR (Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis): Wohnsitz des Beklagten oder Ort des Betriebes.
- (56) Vgl. S.5 ff.

2. Die Gerichtsstandsbestimmungen im ZGB und NAG

a) Der Gerichtsstand für die Klage auf Untersagung des Eheabschlusses (Art. 111 ZGB)

Unmündige, die eine Ehe eingehen wollen, brauchen dazu die Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter (57). Liegt diese vor, ist es immer noch möglich, dass Dritte nach erfolgter Verkündung Einspruch gegen die geplante Ehe erheben. Wird der Einspruch trotz Bestreitung durch die Brautleute aufrecht erhalten, so hat der Einsprecher am Ort der Verkündung zu klagen. Da es sich bei dieser Klage um eine solche höchstpersönlichen Charakters handelt, kann der urteilsfähige Unmündige seine Verteidigung selbständig führen (58). Bei nicht am Wohnsitz ihrer gesetzlichen Vertreter wohnenden Betroffenen stellt sich die Frage, wo die Verkündung zu erfolgen habe. Hiezu stellt Art. 106 ZGB klar, dass sie am Wohnsitz des Bräutigams anzubringen sei. Gewährt man entsprechend der hier vertretenen Auffassung dem urteilsfähigen Unmündigen an seinem tatsächlichen Lebensmittelpunkt einen selbständigen Wohnsitz, so wäre die Verkündung und damit auch die Klage auf Untersagung des Eheabschlusses dort anzubringen. Verneint man die Möglichkeit eines selbständigen Wohnsitzes Unmündiger generell, so ist die Verkündung und die Klage am Wohnsitz des gesetzlichen Vertreters des beklagten unmündigen Bräutigams anzubringen.

(57) Art. 98 ZGB

(58) Lindegger, 16

b) Der Gerichtsstand bei Klagen auf Feststellung und Anfechtung des Kindesverhältnisses (Art. 252 ff. ZGB)

Das neue Kindesrecht hat hierfür Wahlgerichtsstände am Wohnsitz einer Partei zur Zeit der Geburt oder der Klage geschaffen (59) (60). Diese Gerichtsstandsbestimmung gilt für die Vaterschaftsklage (61), die Anfechtung der Vaterschaftsvermutung (62) und die Anfechtung der Anerkennung (63).

In internationalen Verhältnissen bestimmt Art. 8 lit. d) NAG für die Klagen auf Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses, dass diese am schweizerischen Wohnsitz des Klägers oder eines der Eltern angebracht werden könne. Fehlt ein schweizerischer Wohnsitz und ist auch an einem ausländischen Wohnsitz nach den dort geltenden Bestimmungen ein Gerichtsstand nicht gegeben, so kann die Klage beim Richter des schweizerischen Heimortes des Kindes oder eines der Eltern angebracht werden.

Dank der Wahlgerichtsstände sind bei den oben- genannten Klagen, die den Hauptharst der Klagen, in denen Kinder als Partei mitwirken, ausmachen, keine wesentlichen Probleme ersichtlich.

(59) Art.253 ZGB; Botschaft, 25

(60) Für das alte Recht: Jean-François Aubert: Les actions de la filiation en droit civil suisse, Thèse Neuchâtel, 1955

(61) Art. 261 ZGB

(62) Art. 256 ZGB

(63) Art.260a ZGB

- c) Der Gerichtsstand bei der Verwandtenunterstützungsklage (Art. 328 ff. ZGB)

Die Voraussetzungen der aktiven Unterstützungspflicht sind bei Minderjährigen kaum je gegeben (64). Sind sie ausnahmsweise vorhanden, so kann der unmündige Pflichtige, der nicht am Wohnsitz seines gesetzlichen Vertreters lebt an seinem tatsächlichen Wohnsitz belangt werden.

3. Die Gerichtsstände in den übrigen Bundesgesetzen

- a) Der Gerichtsstand für Klagen aus dem Arbeitsverhältnis (Art. 343 OR)

Weil das Gesetz den Gerichtsstand am Arbeitsort vorsieht und dieser bei urteilsfähigen Unmündigen, die nicht am Wohnsitz ihrer Eltern leben, meist mit dem tatsächlichen Lebensmittelpunkt übereinstimmt und auch den Interessen des Arbeitgebers zumeist entspricht, ergeben sich kaum Probleme. Lebt der beklagte unmündige Arbeitnehmer weder bei seinen Eltern noch am Ort, in dem er arbeitet und wird er ausnahmsweise nicht beim Gericht am Arbeitsort eingeklagt, so muss an seinem tatsächlichen Wohnort ein Gerichtsstand angenommen werden.

- b) Der Gerichtsstand für Klagen auf Schadenersatz aus Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr (Art. 84 f. SVG.)

Die Erwähnung dieses Gerichtsstandes rechtfertigt sich, weil die Unmündigen als Verkehrsteilnehmer bekanntermassen zu den gefährdeten

(64) Art. 328 ZGB

sten Gruppen gehören und zwar sowohl als Geschädigte, wie auch als Schädiger. Art. 84 SVG bestimmt, dass Zivilklagen aus Motorfahrzeug- und Fahrradunfällen beim Richter am Unfallort anzubringen sind (65). Durch die genannte Bestimmung, die ohne weiteres auch für Minderjährige gilt, wird für diese ein weiterer, vom tatsächlichen oder gesetzlichen Wohnsitz abweichender Gerichtsstand geschaffen. Der Gerichtsstand ist jedoch nicht ausschliesslich. Wenn alle Geschädigten, die noch nicht abgefunden sind, zustimmen, kann die Klage am Wohnsitz des Haftpflichtigen erhoben werden. Ist der Haftpflichtige ein Unmündiger, der ausserhalb des Wohnsitzes seines gesetzlichen Vertreters wohnt, so stellt sich die Frage, ob die Klage nun am gesetzlichen oder am tatsächlichen Wohnsitz anzubringen sei. Nach der hier vertretenen Auffassung muss die Schadenersatzklage am tatsächlichen Wohnort möglich sein.

Liegt der Unfallort im Ausland, so hat der Kläger die Wahl zwischen dem Gerichtsstand des Unfallortes und demjenigen des Wohnsitzes des Beklagten zur Zeit der Klageerhebung (66). Ist der Beklagte ein von seinem gesetzlichen Vertreter getrennt lebender urteilsfähiger Unmündiger, so muss er auch diesfalls an seinem tatsächlichen Wohnort belangt werden können.

c) Der Gerichtsstand für Klagen des SchKG

Art. 47 Abs. 1 SchKG bestimmt, dass derjenige Schuldner, der einen gesetzlichen Vertreter hat, am Wohnsitz des Letzteren zu betreiben sei und

(65) Es handelt sich um einen Anwendungsfall des forum delicti commissi; Oftinger, Band II/2, 690

(66) Art. 85 SVG

dass diesem die Betreibungsurkunden zuzustellen seien. In Abs. 3 derselben Bestimmung wird insofern eine Ausnahmeregelung getroffen, als für Forderungen, die aus einem gemäss Art. 412 ZGB bewilligten Geschäftsbetrieb herrühren, die Betreibung gegen den Schuldner selbst am Orte des Geschäftsbetriebes zu führen sei.

Die bisherige Rechtsprechung (67) verneinte im Hinblick auf den Wortlaut der vorstehenden Bestimmung einen selbständigen Wohnsitz des nicht am Wohnsitz seines gesetzlichen Vertreters lebenden urteilsfähigen Unmündigen. Lediglich für aus dem Betrieb eines bewilligten Geschäftsbetriebes herrührende Forderungen wurde ein Betreibungsstand gewährt. Der Wohnsitz und damit der ordentliche Gerichtsstand befinden sich aber auch in solchen Fällen ausschliesslich am Wohnsitz des gesetzlichen Vertreters (68).

In Uebereinstimmung mit Sinn und Zweck (69) der durch das neue Kindesrecht erweiterten Befugnis des urteilsfähigen Unmündigen, über seinen - auch in unselbständiger Stellung erzielten - Arbeitserwerb selbst zu verfügen (70), hat das Bundesgericht im wogweisenden Entscheid BGE 106 III 8 ff. die geschilderte, der Verkehrssicherheit abträgliche, Rechtsprechung verlasen und vorerst entschieden, dass auf dem Gebiet der beschränkten Handlungsfähigkeit des Kindes diesem auch die uneingeschränkte Betreibungsfähigkeit zukomme. Demzufolge seien die

(67) BGE 85 III 161 ff.; 79 III 106 E.3; 67 II 83 f.; ZR 60 Nr. 90 (besonders eingehend)

(68) BGE 85 III 164 f.

(69) Erweiterte Handlungsfähigkeit des urteilsfähigen Unmündigen, Anpassung des Rechts an die gelebte Wirklichkeit.

(70) Art. 323 ZGB

Betreibungsurkunden in solchen Fällen ausschliesslich dem Unmündigen zuzustellen. Die damit verknüpfte Frage nach dem Betreibungsort und damit auch dem Gerichtsstand für viele betreibungsrechtliche Klagen (71) wurde vom Bundesgericht nicht abschliessend erörtert. Es fügte jedoch bei, dass, wenn der unmündige Schuldner einen von seinem gesetzlichen Vertreter abweichenden Wohnort habe, für die Betreibung wohl Art. 47 Abs. 3 SchKG sinngemäss anzuwenden wäre, also auch bei unselbständiger Erwerbstätigkeit. Das heisst, dass die Betreibung gegen einen urteilsfähigen Unmündigen für Schulden, die er im Rahmen seiner beschränkten Handlungs(un)fähigkeit eingegangen ist, an seinem tatsächlichen Wohnort und nicht am fiktiven Wohnsitz seiner gesetzlichen Vertreter durchzuführen ist. Von diesem Zugeständnis eines eigenen Wohnsitzes bzw. Gerichtsstandes für betreibungsrechtliche Klagen ist nur ein kleiner, aber auf der Emanzipationsskala logisch vorgezeichneter Schritt zur Einräumung eines selbständigen Wohnsitzes bzw. Gerichtsstandes für alle im Rahmen der beschränkten Handlungs(un)fähigkeit eingegangenen Verpflichtungen, inklusive jene Prozesse, die die Wahrung höchstpersönlicher Rechte zum Gegenstand haben.

Durch eine Abkehr von der zwingenden Annahme eines gesetzlichen Wohnsitzes und damit des ordentlichen Gerichtsstandes an einem Ort, an dem viele urteilsfähige Unmündige nicht mehr ihren Lebensmittelpunkt haben, könnte das Prozessrecht einen beachtlichen Beitrag zur wohlverstandenen Emanzipation der jungen Mitbürger leisten, ohne dass nennenswerte Schutzinteressen verletzt würden.

(71) Walder, Tafeln, Tafel 9, Blatt 4 und Tafel 10, Blatt 2

§ 2 DIE SACHLICHE UND DIE FUNKTIONELLE ZUSTÄNDIGKEIT

Die Kriterien (1), die über die sachliche und funktionelle Zuständigkeit entscheiden, weisen an sich keine Merkmale auf, die einer Sonderregelung für Unmündige rufen würden.

Fragen könnte man sich jedoch, ob nach dem Vorbild bestehender Jugend(straf)gerichte nicht eine speziell zusammengesetzte Behörde (2) gebildet werden sollte, die sowohl über zivilrechtliche Streitigkeiten, an denen Jugendliche beteiligt sind, als auch über strafrechtliche relevante Verfehlungen Jugendlicher entscheiden und zudem umfassend den Kinderschutz und die Jugendhilfe betreiben würden (3).

Zu bedenken wäre allenfalls, ob nicht ein Teil der Prozesse, die urteilsfähige Unmündige selbständig führen können, durch ein spezielles Familiensachen-gericht erledigt werden könnten oder ob ein Familien-gericht (4), wie es z.B. die Bundesrepublik Deutschland kennt, besser geeignet wäre, Prozesse mit selbständig handelnden Jugendlichen oder generell Prozesse, in denen Jugendliche Partei oder direkt Betroffene sind, zu führen.

-
- (1) Wie Streitwert, Streit aus Arbeits- oder Mietverhältnis etc.
 - (2) Auf dem Papier (§ 35 GVG) besteht bereits ein besonderes, aus Juristen und nebenamtlichen Fachleuten zusammengesetztes, Jugendgericht, dessen sachliche Zuständigkeit allerdings auf die Jugendstrafrechtspflege beschränkt ist.
 - (3) I.S. einer Zentralisation der vom neuen Kindesrecht in Art. 317 ZGB geforderten zweckmässigen Zusammenarbeit zwischen den verschiedensten, heute im Bereich der Jugendhilfe tätigen Behörden; vgl. hiezu Degoumois, 12 ff.
 - (4) Hans Grobe, Das Familiengericht, SJZ 59 (1963) 251 ff; Müller-Webers, Bericht über den 2. deutschen Familiengerichtstag, in: Deutsche Richterzeitung, Januar 1980, S. 17 ff.

Eine solche Spezialisierung widerspräche zunächst aber der schweizerischen Rechtstradition, die vom Bild des möglichst volksnahen, universell tätigen Richters geprägt ist. Ausserdem besteht für solche Sondergerichte und für eine weitgehende Sonderbehandlung kein Anlass. Der Jugendlichkeit der Partei kann durch geeignete richterliche Prozessleitung Rechnung getragen werden. Genügt das Prozessverhalten eines urteilsfähigen Unmündigen den Anforderungen nicht, so kann er zum Beizug eines Beistandes, bzw. Vertreters angehalten werden, wie dies bei Mündigen mitunter auch nötig wird (5). Es geht jedoch nicht an, in jedem prozessualen Ungenügen Anzeichen fehlender Urteils- und damit Prozessfähigkeit zu sehen. In weniger gravierenden Fällen ist auf die richterliche Fragepflicht zu verweisen.

(5) § 29 Abs. 2 ZPO

§ 3 DIE PARTEIFÄHIGKEIT

I. Begriff und Wesen

1. Partei

Der Parteibegriff ist der Ausgangspunkt für die Lehre der Parteifähigkeit (1). Parteien im Zivilprozess sind diejenigen Personen, für oder gegen welche in eigenem Namen Rechtsschutz begehrt wird (2).

2. Parteifähigkeit

Parteifähigkeit ist zunächst die prozessuale Fähigkeit, Partei im obgenannten Sinne zu sein. Die Zivilprozessordnungen umschreiben zumeist den Begriff der Parteifähigkeit nicht. Dies erklärt sich daraus, dass die Parteifähigkeit eng mit der Rechtsfähigkeit zusammenhängt und oft als das prozessuale Pendant zur zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit bezeichnet wird (3)(4). Da die Rechtsfähigkeit von Bundesrechts wegen jedermann zusteht (5), müssen die kantonalen Zivilprozessordnungen (6) jedem Rechtsfähigen die Parteifähigkeit zuerkennen. Wer rechtsfähig ist, ist auch parteifähig. Parteifähigkeit ist demnach die Fähigkeit, Träger von prozessualen Rechten und Pflichten zu sein. Sie ist unabdingbare Voraussetzung einer Sachentscheidung (7).

(1) Reich, 20

(2) Guldener, 124; Walder, 123

(3) Bucher, N 31 zu Art. 11 ZGB; Reich, 25

(4) Die Begriffe decken sich indessen nicht (Balmer, ZSR NF, 88 II 341; Bucher, N 32 zu Art. 11 ZGB), was aber für die vorliegende Abhandlung unerheblich ist.

(5) Art. 11 Abs. 1 ZGB

(6) Aufgrund des Vorranges des Bundesprivatrechts; vgl. Guldener, 68

(7) Guldener, 221; Holenstein, 74; Reich, 25

II. Die Parteifähigkeit von Kindern

1. Allgemein

Es steht ausser Zweifel, dass auch Kinder Träger von Rechten und Pflichten sein können und damit rechtsfähig sind. Demzufolge wird ihnen ohne weiteres Parteifähigkeit zuerkannt. Die Parteifähigkeit als prozessuale Rechtsfähigkeit verlangt nicht, dass eine Partei auch imstande ist, selbständig zu handeln. Sie beinhaltet lediglich, dass jemand unter eigenem Namen als Partei am Prozess teilnehmen darf bis zum Sachentscheid.

2. Der Nasciturus im besonderen (8)

Gemäss Art. 31 Abs. 2 ZGB ist auch der gezeugte, aber noch ungeborene Mensch rechtsfähig, unter dem vorbehalt, dass er lebend geboren wird. Diese materiellrechtliche Vorschrift hat zur Folge, dass die kantonalen Zivilprozessordnungen auch dem Nasciturus Parteifähigkeit zuerkennen müssen (9).

-
- (8) Eingehend: Hans-Richard Hefele, Der Nasciturus im Zivilprozess, Diss. München, 1949
- (9) Bucher, N 103 zu Art. 11 ZGB

§ 4 DIE PROZESSFÄHIGKEIT

I. Begriff

Prozessfähigkeit ist die Berechtigung, den Prozess als Partei selbst oder durch selbst bestellte Vertreter zu führen (1). REICH (2) definiert sie als eigene, selbständige Entschlussfähigkeit zu rechtswirksamer Vor- und Entgegennahme von Prozesshandlungen (3). § 27 ZPO drückt den Grundsatz kurz und bündig wie folgt aus: "Eine Partei kann selbständig Prozesse führen, soweit sie handlungsfähig ist."

Der Begriff der Prozessfähigkeit ist kein eigenständiger, sondern er verweist auf die materiellrechtliche Regelung der Handlungsfähigkeit. Wie die Parteifähigkeit die prozessrechtliche Entsprechung der materiellrechtlichen Rechtsfähigkeit ist, so stellt die Prozessfähigkeit die prozessrechtliche Entsprechung der materiellrechtlichen Handlungsfähigkeit dar. Die Prozessfähigkeit wird daher auch als "prozessuale Handlungsfähigkeit" bezeichnet (4). Weil das Prozessrecht allen handlungsfähigen Personen die Prozessfähigkeit zuerkennen muss (5) und der Begriff der Handlungsfähigkeit denjenigen der Prozessfähigkeit miteinschliesst, hält BUCHER (6) den Begriff der Prozessfähigkeit gar für entbehrlich.

(1) Guldener, 127

(2) 33 f.

(3) Ähnlich: Sträuli/Messmer, N 1 zu §§ 27/28 ZPO

(4) Bucher, N 23 zu Art. 12 ZGB; Holenstein, 95; BGE 77 II 9

(5) Guldener, 127

(6) N 24a zu Art. 12 ZGB

Da die Handlungsfähigkeit als Oberbegriff bundesrechtlich geregelt ist, stellt sich die Frage, ob den Kantonen innerhalb ihrer Kompetenz zur Regelung des Prozessrechtes (7) die Befugnis zustehe, die Prozessfähigkeit auf weitere Subjekte auszudehnen oder die Anforderungen zu erschweren bzw. zu erleichtern.

Nach heute unbestrittener Auffassung (8) ist die Prozessfähigkeit durch den Bundesgesetzgeber in den Art. 12-19 ZGB zwingend und abschliessend geregelt. Folgerichtig prüft das Bundesgericht das Vorhandensein der Prozessfähigkeit auch frei und von Amtes wegen (9). Kantonale Regelungen, die nach Bundesrecht nicht handlungsfähige Personen als prozessfähig betrachten oder nach ZGB Handlungsfähige von der Prozessführung ausschliessen, sind nichtig (10)(11).

II. Die Handlungsfähigkeit im allgemeinen

Wie dargestellt, deckt sich die Prozessfähigkeit mit der Handlungsfähigkeit, weshalb die Frage nach Inhalt und Umfang der Prozessfähigkeit stets auch diejenige nach der Handlungsfähigkeit ist. Anzumerken bleibt, dass die Handlungsfähigkeit nicht nur im Prozessrecht, sondern ebenso im übrigen öffentlichen Recht und im Privatrecht Anwendung findet (12).

(7) Art. 64 Abs. 3 BV

(8) Bucher, N 10 vor Art. 12-19 ZGB; Guldener, 127 ff.; Reich, 34 ff.; Sträuli/Messmer, N 1 zu §§ 27/28 ZPO; Walder, 131; Weisung, 132

(9) Sträuli/Messmer, N 1 zu §§ 27/28 ZPO und dort zit. BGE

(10) Bucher, N 10 vor Art. 12-19 ZGB; Voyame, 132, führt dazu aus: " Il est vrai que la capacité d'ester en justice est aussi l'objet de nombreuses dispositions cantonales. Elles sont nulles si elles sont contraires au droit fédéral. Dans la mesure où elles renvoient au droit de fond ou en reproduisent les règles, elles peuvent avoir une certaine utilité pratique, mais elles sont dénuées d'effet propres."

(11) Vgl. aber die Ausführungen zu § 28 ZPO, S. 63 ff.

(12) Bucher, N 8-22 vor Art. 12-19 ZGB; Cosman, 18

1. Begriff

Der Handlungsfähigkeitsbegriff ist als solcher im Gesetz nicht umschrieben. Dem ZGB lassen sich nur einerseits die Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit, nämlich Mündigkeit und Urteilsfähigkeit, entnehmen, andererseits deren Folgen. Wer handlungsfähig ist, vermag durch eigene Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen (13). Die Handlungsfähigkeit steht nicht ein für allemal fest, sondern sie hängt sowohl von den Fähigkeiten des handelnden Rechtssubjektes als auch von der Natur der in Frage stehenden Handlung ab. Um voll handlungsfähig zu sein, bedarf eine Person zunächst der Mündigkeit. Hinzu muss als weiteres unabdingbares Element die Urteilsfähigkeit kommen. Die beiden Komponenten sind indessen nicht gleichwertig (14). Fehlt die Urteilsfähigkeit, so liegt absolute Handlungsunfähigkeit vor. Fehlt nur das formale Element der Mündigkeit, so spricht man von beschränkter Handlungsunfähigkeit, was bedeutet, dass der Urteilsfähige, aber Unmündige in beschränktem, im folgenden abzusteckenden, Rahmen handlungs- und damit prozessfähig ist (15). Vorerst sind indessen die für die Handlungsfähigkeit entscheidenden Voraussetzungen, nämlich Mündigkeit und Urteilsfähigkeit zu umreißen.

2. Voraussetzungen

a) Mündigkeit

Art. 14 und 15 ZGB erwähnen die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit eine Person als mündig betrachtet werden kann. Art. 14 ZGB erklärt zunächst, dass mündig sei, wer das zwanzigste Lebensjahr vollendet habe. Dies ist die

(13) Tuor/Schnyder, 65 ff.; v.Tuhr/Peter, 206 ff.

(14) Bucher, N 2 zu Art. 16 ZGB

(15) Vgl. S. 34 ff.

hauptsächliche Art, mündig zu werden. Daneben kann die Mündigkeit gemäss Art. 14 Abs. 2 ZGB durch Heirat vor Vollendung des zwanzigsten Altersjahres erreicht werden. In Art. 15 ZGB wird eine dritte Art umschrieben, die Mündigkeit zu erlangen, nämlich die Mündigklärung. Danach kann, wer das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, mit seinem Einverständnis und der Zustimmung seiner Eltern von der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde für mündig erklärt werden (16).

Die Mündigkeit ist ein personenrechtlicher Status, ein Rechtszustand (17), der verschiedene Wirkungen zeitigt. Die hauptsächlichste Bedeutung kommt der Mündigkeit in ihrer Funktion als die formelle Voraussetzung der vollen Handlungsfähigkeit zu (18). Daneben bedeutet Mündigkeit ganz allgemein Recht zur Selbstbestimmung und damit Ende der elterlichen bzw. vormundschaftlichen Gewalt.

Obwohl hier von Mündigkeit schlechthin gesprochen wird, ist zu beachten, dass es an sich verschiedene Arten von Mündigkeit gibt. Das Gesetz selber verwendet im Marginale zu Art. 96 ZGB den Begriff "Ehemündigkeit". Diese tritt im Normalfall beim Bräutigam mit dem zurückgelegten zwanzigsten Altersjahr ein, bei der Braut mit dem zurückgelegten achtzehnten Altersjahr. In Ausnahmefällen (19) mit dem achtzehnten für den Bräutigam und mit dem siebzehnten für die Braut. Daneben ist der Begriff "Religionsmündigkeit" geläufig. Sie tritt mit vollendetem sechzehnten Altersjahr ein (20).

(16) Art. 15 ZGB ist von geringer praktischer Bedeutung; Bucher, N 12 zu Art. 15 ZGB, spricht sogar vom toten Buchstaben; vgl auch Grossen, 317

(17) Bucher, N 5 zu Art. 14 ZGB; Galliker, 4

(18) Art. 13 ZGB, Kritik der gegenwärtigen Regelung, vgl.S.

(19) Art. 96 Abs. 2 ZGB

(20) Art. 49 Abs. 3 BV; Art. 303 Abs. 3 ZGB

b) Urteilsfähigkeit

aa) Im allgemeinen

Die Urteilsfähigkeit ist das für die Bejahung der Handlungsfähigkeit entscheidendere Element. Art. 16 ZGB umschreibt sie als die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln. Vernunftgemäss handelt aber nur, wer Einsicht in die Tragweite seiner Handlungen besitzt und zudem fähig ist, sich gemäss dieser Einsicht zu verhalten (21). Ob diese Einsicht gegeben ist, kann nicht ein für allemal abstrakt festgelegt werden. Die Urteilsfähigkeit ist stets in Bezug auf eine bestimmte Handlung zu bejahen oder zu verneinen. Sie ist somit relativ (22). Ueber ihr Vorhandensein hat der Richter im konkreten Einzelfall aufgrund einer Bewertung von Geistesgaben zu entscheiden. Dabei steht ihm notwendigerweise ein erheblicher Ermessensspielraum zu (23). Immerhin muss sich der Richter bei seinem Entscheid an die Verkehrsanschauungen und Wertmassstäbe seiner Umgebung halten, wenn er sich nicht dem Vorwurf von Willkür aussetzen will.

bb) Der Kinder im besonderen

Für unser Thema relevant ist das vom Gesetzgeber bei der Umschreibung der Urteilsfähigkeit in Art. 16 ZGB (unter anderem) erwähnte "Kindesalter" als Umstand, der geeignet ist, die Urteilsfähigkeit auszuschliessen. Es erhellt ohne weiteres, dass damit nicht gemeint sein kann, ein Kind bleibe

-
- (21) So die Standardformel des Bundesgerichtes, z.B. BGE 99 III 6; 90 II 11. Aus der immensen Literatur: Binder, 11; Galliker, 15
- (22) Binder, 30 ff.; Bucher, N 87 ff. zu Art. 16 ZGB; Galliker, 15 ff.; Grossen, 319 f.; Kober, 8; Lutz, 37 ff.; Peter, 67 ff.
- (23) Bucher, N 8 a.E. zu Art. 16 ZGB

bis zu seiner Mündigkeit für jegliche Handlung urteilsunfähig. Unter Kindesalter ist vielmehr das Kleinkindalter zu verstehen. Der Gesetzgeber (24) hat zurecht darauf verzichtet, eine Grenze festzulegen, unterhalb der stets gänzliche Urteilsunfähigkeit anzunehmen ist. Der Frage, in welchem Alter ein Kind bei durchschnittlich entwickelten Geistesgaben für welche Kategorien von Rechtshandlungen als urteilsfähig angesehen werden kann, ist aufgrund der unterschiedlichen individuellen Entwicklung sowie in Anbetracht der sich stets wandelnden sozialen Gegebenheiten und Anschauungen mit Schematismus nicht beizukommen. Es gilt daher, im Einzelfall die Frage der Urteilsfähigkeit umsichtig abzuklären. Dies rechtfertigt sich umso mehr, als es dabei um den wesentlichsten Entscheid im Handlungsfähigkeitsrecht und damit auch im Prozessfähigkeitsrecht geht.

Bei den hier besonders interessierenden Kindern gilt es stets die Erziehung zur Eigenständigkeit im Auge zu behalten, ohne den Schutz- und Fürsorgegedanken zu vernachlässigen.

(24) Im Gegensatz zum deutschen BGB und dem österreichischen ABGB, die den unter siebenjährigen Kindern die Geschäftsfähigkeit gänzlich absprechen (§ 104 BGB; § 865 ABGB).

III. Die Handlungs- und Prozessfähigkeit der urteilsunfähigen Unmündigen

Die urteilsunfähigen Unmündigen sind - unabhängig von ihrem Alter - vollständig handlungs- und prozessunfähig (25). Ihre Rechtshandlungen sind grundsätzlich wirkungslos (26) und damit nichtig, gleichgültig, ob sie ihnen Vorteile oder Nachteile bringen. Auch die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vermag den Mangel nicht zu beheben (27). Daher müssen die urteilsunfähigen Kinder im Zivilprozess durchwegs von ihren gesetzlichen Vertretern vertreten werden (28). Nach dem klaren Wortlaut von § 28 ZPO können Urteilsunfähige auch nicht vorsorglich notwendige Prozesshandlungen vornehmen.

Die in Art. 18 ZGB erwähnten gesetzlichen Ausnahmen, die trotzdem eine rechtliche Wirkung des Handelns Urteilsunfähiger herbeiführen, betreffen Fakten, die nicht das Resultat menschlichen Willens sind, sondern Zufälle oder Naturereignisse. Ein typisches Beispiel dafür ist der Erbschaftserwerb. Selbst ein Urteilsunfähiger, als rechtsfähiges Individuum, kann Erbe werden und die Erbschaft erwerben (29).

Eine wichtige Ausnahme bildet sodann die Bestimmung von Art. 54 OR, wonach der Richter aus Billigkeit auch eine nicht urteilsfähige Person, die Schaden verursacht hat, zu teilweisem oder voll-

(25) Reich, 60

(26) Art. 18 ZGB; Grossen, 331

(27) V.Thur/Peter, 209

(28) Sträuli/Messmer, N 7 zu §§ 27/28 ZPO

(29) Bucher, N 74 zu Art. 17/18 ZGB; weitere Beispiele ebendort, N 67 ff. sowie bei Galliker 1 f.

ständigem Ersatze verpflichten kann (30). Eine allfällige Prozessführung obliegt aber auch in diesen Fällen dem gesetzlichen Vertreter.

IV. Die beschränkte Handlungs- und Prozess(un)fähigkeit der urteilsfähigen Unmündigen

1. Vorbemerkung

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit, die die prozessualen Besonderheiten bei Beteiligung von Kindern zum Gegenstand hat, kann die Handlungsfähigkeit urteilsfähiger Unmündiger nicht umfassend behandelt werden. Dies wäre angesichts der bereits mehrfach eingehend ganz oder in Teilaspekten erfolgten Behandlung (31) auch nicht sinnvoll. Die Arbeit beschränkt sich daher auf eine Darstellung der Grundzüge unter Berücksichtigung der prozessual relevanten Fragen. Daneben trägt sie der mit der Einführung des neuen Kindesrechtes erweiterten Handlungs- und Prozessfähigkeit urteilsfähiger Unmündiger Rechnung.

2. Grundsatz

Auch urteilsfähige Unmündige sind grundsätzlich handlungs- und prozessunfähig (32) und werden

-
- (30) Für die Tragweite und die Problematik dieser Bestimmung vgl. Bucher, N 82 ff. zu Art. 17/18 ZGB; Alfred Keller, Haftpflicht im Privatrecht, Bern 1978, 105 ff.; Jaeger, 34; Oftinger, Band I, 155; Stocker, 195; BGE 102 II 230 ff.
- (31) Bucher, Kommentar zu Art. 19 ZGB; Cosman; Galliker; Gontersweiler; Hegnauer, Kommentar zu aArt. 280 ZGB; Hohl, Kober; Lador; Maechler; Speiser; Schmid.
- (32) Daher auch der Terminus beschränkt handlungsunfähig; vgl. Tuor/Schnyder 65

durch ihre Eltern oder den Vormund vertreten (33). Diese Vertretung umfasst auch die Prozessführung im Namen der Kinder (34).

3. Ausnahmen

a) Ue**er**erb**l**ick

Eine Art Generalausnahme stipuliert Art. 19 Abs. 1 ZGB, indem er bestimmt:

"Urteilsfähige unmündige (oder entmündigte) Personen können sich nur mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter durch ihre Handlungen verpflichten."

Weitere Ausnahmen ergeben sich aus Art. 19 Abs. 2 und 3 ZGB. Danach sind drei Gruppen zu unterscheiden:

Zunächst vermögen urteilsfähige Unmündige Vorteile zu erlangen, die unentgeltlich sind. Dann können sie Rechte ausüben, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen. Schliesslich werden sie aus unerlaubten Handlungen schadenersatzpflichtig.

Art. 19 ZGB erwähnt jedoch nicht alle Ausnahmen. Im Verfügungsrecht über ihren Arbeitserwerb, das ihnen mit der Revision des Kinderrechtes eingeräumt wurde, liegt für urteilsfähige Unmündige ein praktisch bedeutsamer Bereich selbständigen Handelns.

Rein prozessualer Natur ist sodann die Bestimmung von § 28 Abs. 1 ZPO, die dem urteilsfähigen Unmündigen die Befugnis einräumt, bei Rechtsgefährdung vorläufig selbst das Nötige vorzukehren.

(33) Art. 304 ZGB; Grossen, 325; Sträuli/Messmer, N 7 zu §§ 27/28 ZPO

(34) Hegnauer, N 79 zu aArt. 279 ZGB

b) Gründe

Die Gründe für diese Ausnahmen sind verschieden. Das Handeln mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters dient vor allem erzieherischen Zwecken. Weil die gesetzliche Vertretung nicht Selbstzweck sein darf, sondern eine reine Schutzfunktion beinhaltet, bedarf der urteilsfähige junge Mensch bei reinen Vorteilsgeschäften des Schutzes nicht (35). Die Gruppe der sogenannten höchstpersönlichen Rechte steht allen Menschen um ihrer Persönlichkeit, um ihres Menschseins willen, zu (36). Ein Schutzbedürfnis besteht hier nicht, im Gegenteil: Schutz würde Einschränkung oder gar Versagung der persönlichen Freiheit bedeuten (37). Solche Rechte sind derart eng mit der Persönlichkeit des Einzelnen verknüpft, dass sie ihrer Natur nach eine Vertretung gar nicht zulassen. Die Zuerkennung der Deliktsfähigkeit schliesslich bedeutet für den urteilsfähigen Unmündigen eine Last, die er im Interesse allfällig von ihm Geschädigter auf sich zu nehmen hat. Die Gründe, die zur Gewährung des Verfügungsrechtes über den eigenen Arbeitserwerb führten, sind erzieherisch-emanzipatorischer Natur und stellen ein Zugeständnis des Gesetzgebers an die gelebte Wirklichkeit dar (38). § 28 ZPO endlich möchte verhindern, dass ein Rechtsverlust zum Schaden des urteilsfähigen Unmündigen nur deswe-

(35) Bucher, N 155 zu Art. 19 ZGB; Grossen, 327

(36) Egger, N 8 zu Art. 19 ZGB

(37) Gontersweiler, 4; Grossen, 327

(38) Botschaft, 90 f.

gen eintritt, weil sein Vertreter nachlässig handelt.

c) Die Ausnahmen im einzelnen

aa) Das Handeln mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters

aaa) Allgemeines

Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters eines urteilsfähigen Unmündigen zu dessen rechtsgeschäftlichen Handlungen ist grundsätzlich nur nötig ausserhalb des Kreises der Art. 19 Abs. 2 (39) und 3 ZGB eingeräumten Befugnisse zu eigener Rechtswahrung.

Sachlich sind die mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters möglichen Rechtsgeschäfte nur durch die in Art. 408 ZGB verbotenen Geschäfte (40) beschränkt (41).

Es steht sodann im Ermessen des gesetzlichen Vertreters, ob er die Zustimmung geben wolle oder nicht. Die Rechtswirkungen eines so abgeschlossenen Vertrages treten beim urteilsfähigen Unmündigen ein und nicht etwa beim gesetzlichen Vertreter (42). Der urteilsfähige Unmündige ist auch für die mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossenen Geschäfte ausschliesslich verantwortlich. Die Zustimmung ist an keine Form gebunden, auch

(39) Ausnahmsweise bedarf es auch im Bereiche der höchstpersönlichen Rechte der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, vgl. S.49 f.

(40) Keine Bürgschaften, keine erheblichen Schenkungen und keine Errichtung von Stiftungen zulasten des Kindes/Mündels.

(41) Bucher, N 15 zu Art. 19 ZGB

(42) Bucher, N 24 zu Art. 19 ZGB

dann nicht, wenn das bewilligte Geschäft selber formbedürftig ist (43). Die Zustimmung kann ausdrücklich oder stillschweigend, etwa durch blosses Dulden erteilt werden. Auch muss die Zustimmung nicht stets vor Abschluss des Rechtsgeschäftes, also in der Form der Ermächtigung, gegeben werden, sondern sie kann durch Mitwirkung beim Abschluss oder durch nachträgliche Genehmigung erteilt werden (44).

Durch die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters wird die fehlende Mündigkeit wettgemacht und der urteilsfähige Unmündige erreicht im Rahmen der Zustimmung die volle Handlungsfähigkeit (45).

Kann dem urteilsfähigen Unmündigen aber durch Zustimmung des gesetzlichen Vertreters eine erweiterte Handlungsfähigkeit vermittelt werden, so muss es auch möglich sein, ihm auf demselben Wege die Prozessfähigkeit zu verschaffen, da ja die Prozessfähigkeit lediglich einen Teil der Handlungsfähigkeit bildet. Der urteilsfähige Unmündige kann daher mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters auch Prozesse führen (46).

bbb) Die zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfte

aaaa) Verbreitung, Abgrenzung vom eigenständigen Handeln

Das Handeln mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bildet die am einfachsten

(43) Bucher, N 61 zu Art. 19 ZGB und dort zit. Literatur und Rechtsprechung

(44) Cosman, 101; Grossen, 326; Schmid, 38 ff.; v.Thur/Peter, 211

(45) Bucher, N 15 zu Art. 19 ZGB

(46) Bucher, N 152 zu Art. 19 ZGB

zu handhabende und daher häufigste Ausnahme der grundsätzlichen Handlungsunfähigkeit der urteilsfähigen Unmündigen. Die Bedeutung die ihr zukommt, sei nur an einigen Anwendungsbeispielen belegt:

- Abschluss von Versicherungsverträgen (Motorfahrzeug-, Lebens-, Kranken-, Haftpflicht- etc. - Versicherungen)
- Eröffnung von Postscheck- und Bankkonti (47).
- Abschluss von Kauf-, Abzahlungs- (48), Leasing- oder Mietverträgen aller Art.

Darauf hinzuweisen ist aber bereits an dieser Stelle, dass die Frage, wann im konkreten Falle eine Zustimmung nicht nötig ist, wann eine solche vermutet werden darf und wann sie immer einzuholen ist, völlig ungeklärt ist und aufgrund ihrer Natur auch kaum eindeutig beantwor-

-
- (47) Hiefür sind intensive Werbekampagnen um das Marktpotential der 16-20 Jährigen festzustellen (PTT: "Das ab 16-Konto"; Banken: "SKA - Ihre Jugendbank" etc.). Die PTT lassen bei der von ihnen propagierten Eröffnung eines Postscheckkontos auf den Namen eines mehr als 16 Jahre alten Minderjährigen dessen gesetzliche Vertreter folgende Erklärung unterzeichnen: "Der/Die Unterzeichnete als Vater/Mutter/Vormund von erklärt sich einverstanden, dass diese(r) ein Postscheckkonto eröffnet und übernimmt bis zur Volljährigkeit des/der Genannten die Haftung für allfälligen Schaden, der durch die Führung des Kontos entstehen könnte."

Die Banken verlangen in der Regel für die Eröffnung eines Sparheftes, Privat- oder Salärkontos bei Jugendlichen ab 16 Jahren nicht einmal mehr die ausdrückliche Zustimmung der Eltern (schriftliche Auskunft der Rechtsabteilung einer Grossbank).

- (48) Nach Art. 226b Abs. 2 OR ist hiezu die schriftliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich. Diese Bestimmung ist zu begrüssen, ist doch vielfach unklar, ob die Zustimmung überhaupt erforderlich sei oder ob sie vermutet werden dürfe.

tet werden kann. Sie muss von Ort zu Ort und je nach der sozialen Schicht verschieden beantwortet werden.

Immerhin ist durch die Ueberlassung des eigenen Arbeitserwerbes an die urteilsfähigen Unmündigen der Bereich der zustimmungsbedürftigen Geschäfte in erheblichem Umfange zurückgedrängt worden zugunsten des eigenen Handelns (49).

Im Interesse der Rechtssicherheit sieht das Gesetz eine Reihe von typisierten Rechtsgeschäften vor, die der urteilsfähige Unmündige mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters generell selbständig abschliessen kann. Sie sind im folgenden kurz zu behandeln:

bbbb) Das Handeln für die Gemeinschaft (Art. 306 ZGB)

Urteilsfähige Unmündige können mit Zustimmung ihrer Eltern für die Familiengemeinschaft handeln, verpflichtet aber nicht sich selber, sondern die Eltern (50).

cccc) Zuwendungen an das Kind (Art. 321 ZGB)

In der Hingabe von Vermögenswerten zur freien Verfügung an urteilsfähige Kinder ist die generelle Zustimmung zu sehen, darüber rechtsgeschäftlich selbständig zu verfügen. Im Rahmen solcher Zuwendungen ist der urteilsfähige Unmündige daher handlungsfähig (51).

(49) Botschaft, 91 bei Anm. 327

(50) Hegnauer, Kommentar zu N 18 ff. zu aArt. 281 ZGB; Allgemein: Oskar Schmid

(51) Botschaft, 90 f.; Bucher, N 103 f. zu Art. 19 ZGB; Guldener, 128 lit. c); Hegnauer, Kommentar zu aArt. 294 ZGB; Sträuli/Messmer, N 15 zu §§ 27/28 ZPO

dddd) Gestattung des selbständigen Betriebes von Beruf und Gewerbe (Art. 305 i.V. mit Art. 412 ZGB)

Die ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung zum selbständigen Betrieb eines Berufes oder Gewerbes hat zur Folge, dass der urteilsfähige Unmündige für alle Geschäfte, die zum regelmässigen Betriebe gehören, handlungs- und damit prozessfähig ist (52). Unter Betrieb eines Berufes oder Gewerbes ist nur selbständige Tätigkeit und nicht solche als Arbeitnehmer zu verstehen (53). Dagegen kann die selbständige Tätigkeit auch im Rahmen einer Gesellschaft erfolgen (54).

Neben diesen vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen generellen Zustimmungsarten sind noch zwei weitere wichtige Arten der generellen Zustimmung, die ebenfalls eine erweiterte Handlungsfähigkeit nach sich ziehen, zu erwähnen:

eeee) Das Kind als Gesellschafter

Mit Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter kann ein urteilsfähiger Unmündiger, auch ohne dass er im Rahmen einer bewilligten selbst-

(52) Bucher, N 131-133 zu Art. 14 ZGB; Egger, N 18 zu Art. 412 ZGB; Hegnauer, Kommentar zu aArt. 296 ZGB; Kaufmann, N 14 zu Art. 412 ZGB; Mächler, 187 ff.; Sträuli/Messmer, N 15 zu §§ 27/28 ZPO

(53) Hegnauer, N 8 zu aArt. 296 ZGB; Hohl, 113; Kober, 142, 194 f.; Speiser, 21; a.A. Egger, Kommentar zu Art. 412 ZGB; Lindegger, 33; Mächler, 154 f.

(54) Hegnauer, N 1 zu aArt. 296 ZGB; Mächler, 155 ff.; Heinz Näf. Die Bedeutung der Handlungsunfähigkeit im Gesellschaftsrecht. Diss. Zürich 1957, 69 ff.; Speiser, 169 ff.

ständigen Erwerbstätigkeit i.S. von Art. 412 ZGB tätig ist, einer Gesellschaft beitreten und die damit verbundenen Rechte und Pflichten übernehmen (55). Notfalls muss er diese Rechte auch prozessual durchsetzen können, wobei sich aber die separat zu behandelnde Frage der implizierten Zustimmung zur Prozessführung stellen kann. m.a.W. die Frage, ob mit der Zustimmung zum Eintritt in eine Gesellschaft zugleich auch die Zustimmung zur Führung der daraus entstehenden Prozesse gegeben werde (56).

ffff) Zustimmung_zur_Begründung_eines_eigenen_Haushaltes

Stimmen die gesetzlichen Vertreter der Begründung eines eigenen Haushaltes durch einen urteilsfähigen zu - wobei auch die blossе Duldung genügen muss - so ist darin die Zustimmung zu den dadurch üblicherweise nötig werdenden Rechtsgeschäfte zu sehen (57). Dies muss im Interesse der Verkehrssicherheit und mit Rücksicht auf die veränderten Anschauungen (58) gefordert werden. Da es heute gang und gäbe ist, bereits geraume Zeit vor Vollendung des zwanzigsten Altersjahres von zuhause auszuziehen, kommt der Zustimmung zur Begründung eines eigenen Haushaltes oder dem Eintritt in eine familienfremde Haus- oder Wohngemeinschaft grosse praktische Bedeutung zu. Aus dem elterlichen Haushalt ausziehende Kinder sind aber meist erwerbstätig und können gemäss Art. 323 ZGB über ihren Arbeitserwerb ohnehin verfügen.

(55) Bucher, N 177 ff. zu Art. 19 ZGB; Kober, 205 ff.; Näf, 59 ff.

(56) Vgl. S. 43 f.

(57) Bucher, N 109 f. zu Art. 19 ZGB

(58) Botschaft, 90

Daraus ergibt sich eine Ueberschneidung, indem die Betroffenen einerseits mit elterlicher oder vormundschaftlicher Zustimmung, andererseits kraft eigenen Rechts handeln können. Dies schadet aber nicht, sondern ergibt eine doppelte Legitimation zum Abschluss entsprechender Miet- oder Kaufverträge und darüber hinaus auch zu deren prozessualer Durchsetzung (59). Im Rahmen der für die Führung eines selbständigen Haushaltes nötigen Rechtsgeschäfte ist der urteilsfähige Unmündige, der ausserhalb seiner Familie, aber mit deren Zustimmung oder Duldung, lebt, handlungs- und prozessfähig (60).

ccc) Impliziert die Zustimmung auch die Ermächtigung zur Prozessführung?

Es geht hier um die Frage, ob die Zustimmung zum Abschluss eines bestimmten Rechtsgeschäftes oder bestimmter Arten von Rechtsgeschäften (61) auch diejenige zur Prozessführung über die bewilligten Geschäfte beinhalte.

Die Frage kann nicht einheitlich beantwortet werden. Regelmässig ist in der Zustimmung zum Abschluss eines konkreten oder einer überschaubaren Reihe von gleichartigen Rechtsgeschäften die Ermächtigung zur Prozessführung nicht ent-

-
- (59) Muss angenommen werden, das betreffende Rechtsgeschäft übersteige den Rahmen des aus ihrem Arbeitserwerb verfügbaren Mittel, bedarf es zur Prozessführung einer besonderen Zustimmung.
- (60) Darin eingeschlossen müssen auch betriebsrechtliche Vorkehren sein, vgl. Bucher, N 310 zu Art. 14 ZGB
- (61) Blankozustimmungen oder Generalvollmachten sind unzulässig, weil sie dem Schutzzweck widersprechen. Die Genehmigung muss bestimmt und in ihrer Tragweite überschaubar sein (Hegnauer, N 16 zu aArt. 280 ZGB)

halten (62).

Hiezu bedarf es einer speziellen von Fall zu Fall zu erteilenden Zustimmung. Dies erklärt sich ohne weiteres durch das grosse Risiko, das eine Prozessführung beinhaltet.

Die Zustimmung zur selbständigen Ausübung eines Berufes oder Gewerbes hingegen impliziert immer auch die Prozessführung über daraus entstehende, zum regelmässigen Betriebe gehörende Ansprüche (63).

Dulden die gesetzlichen Vertreter, dass ihr Schützling einen eigenen Haushalt begründet oder haben sie dem zugestimmt, so ist darin mitenthalten die Ermächtigung zur Prozessführung über die vom Kind abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, die zur Führung eines eigenen Haushaltes üblicherweise nötig sind (64). Vielfach wird es sich um Streitigkeiten handeln, die betragsmässig im Rahmen der selbständigen Befugnis zur Verwendung des Arbeitserwerbes liegen und dafür steht dem urteilsfähigen Unmündigen die Prozessfähigkeit ohnehin zu. Aber auch wenn der Streitwert über den Betrag hinausgeht, der dem urteilsfähigen Unmündigen aus Arbeitserwerb zur freien Verfügung steht, ist aufgrund der Zustimmung zur selbständigen Lebensweise Prozessfähigkeit anzunehmen. Dies zumindest soweit, als es sich um eine ordentlicherweise zum selbständigen Leben gehörende Angelegenheit handelt.

(62) Bucher, N 126 zu Art. 19 ZGB

(63) Bucher, N 128 f. zu Art. 19 ZGB; Guldener, 128 lit. b); Hegnauer, N 50 zu aArt. 296 ZGB und dort zit. Literatur; Kober, 200

(64) Bucher, N 127 zu Art. 19 ZGB

bb) Das Erlangen unentgeltlicher Vorteile

Bei der Erlangung unentgeltlicher Vorteile oder, wie es der französische Gesetzestext schärfer formuliert, "acquérir à titre purement gratuit" darf nicht auf den allenfalls günstigen Endeffekt des Geschäftes abgestellt werden, sondern es ist der rechtliche Charakter entscheidend (65). Den Vorteilen dürfen keinerlei Nachteile oder Belastungen gegenüberstehen (66). Hauptanwendungsfall dieser Bestimmung ist die Schenkung (67) (68).

Unter dem hier interessierenden prozessualen Aspekt stellt sich die Frage, ob ein urteilsfähiger Unmündiger zur selbständigen Prozessführung über unentgeltliche Vorteile bringende Rechtsgeschäfte zuzulassen sei.

Da die Prozessführung indessen mit dem Risiko des Unterliegens und den damit verbundenen Kosten- und Entschädigungsfolgen behaftet ist, kann - wenn der Vollzug des unentgeltlichen Geschäftes prozessual erstritten werden muss - nicht mehr von einem unentgeltlichen Erwerb gesprochen werden. Unentgeltlichkeit i.S. von

(65) Egger, N 6 zu Art. 19 ZGB; v.Thur/Peter, 209

(66) Bucher, N 148 zu Art. 19 ZGB; Hegnauer, N 25 f. und dort zit. Autoren

(67) Art. 241 ff. OR; ausführlich: Hans Schmid. Die Schenkung nach dem schweizerischen ZGB, Diss. Zürich 1909, insbesondere 68 ff.; v.Büren.

Schweizerisches Obligationenrecht, besonderer Teil, 277

(68) Für weitere Anwendungsfälle, wie Aneignung, Schulderlass, Bürgschaftsbegünstigter etc. vgl. Bucher, N 164 ff. zu Art. 19 ZGB

Art. 19 Abs. 2 ZGB und prozessuale Durchsetzung eines (vermeintlichen) Anspruches schliessen sich aus (69).

Dem urteilsfähigen Unmündigen ist daher die Prozessfähigkeit auf diesem Gebiete abzusprechen.

Er muss sich durch seinen gesetzlichen Vertreter vertreten lassen oder mit dessen Zustimmung prozessieren. Dies ist eine Ausnahme vom Grundsatz, dass die Handlungsfähigkeit der Prozessfähigkeit entspreche (70).

(69) Bucher, N 185 zu Art. 19 ZGB; Guldener, 128 f. lit. e)

(70) Bucher, N 184 zu Art. 19 ZGB; Guldener, 129

cc) Die Ausübung der höchstpersönlichen Rechte

aaa) Bedeutung und Umfang

Der Kreis der höchstpersönlichen Rechte ist im Gesetz nicht umschrieben. Was als Recht, das allen Menschen um ihrer Persönlichkeit willen zusteht, anzusehen ist, wurde und wird vorwiegend von der Rechtsprechung bestimmt (71) und unterliegt daher in hohem Masse den sich ändernden Anschauungen. Insbesondere das Bundesgericht hat aus der Generalklausel von Art. 19 Abs. 2 ZGB eine differenzierte und ausgedehnte Rechtsprechung entwickelt (72). Auch das Schrifttum über die höchstpersönlichen Rechte ist überaus umfangreich (73). Für das vorliegende Thema kann und braucht indessen nicht die ganze Breite der Problematik höchstpersönlicher Rechte behandelt zu werden; es geht lediglich um die prozessuale Geltendmachung dieser Rechte.

Die praktische Bedeutung der selbständigen prozessualen Durchsetzung höchstpersönlicher Rechte durch urteilsfähige Unmündige ist aus mehreren

(71) Bucher, N 193 zu Art. 19 ZGB; Egger, N 9 zu Art. 19 ZGB; Galliker, 26; Gontersweiler, 4 f.

(72) Vgl. G. Weiss, Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweiz. ZGB und OR... (1912-1937), Zürich, 1942 sowie die entsprechenden Gesetzesregister der BGE.

(73) Es kann hier nur eine Auswahl genannt werden: vgl. Bucher, Literaturverzeichnis zu Art. 19 ZGB und N 189-326 zu Art. 19 ZGB; Egger, N 8-16 zu Art. 19 ZGB; Galliker; Gontersweiler; Hegnauer, Kommentar zu aArt. 279 ZGB N 41-77; Hohl; Kober; Lador. Zur Frage der höchstpersönlichen Rechte in SchKG-Sachen insbesondere: Hess in ZVW 31 (1976) 43 ff; Stocker, 199

Gründen gering (74). Zum einen können viele dieser Rechte aufgrund ihrer Natur gar nicht Gegenstand eines Zivilprozesses sein (75). Andere wiederum sind im Verwaltungsverfahren geltend zu machen (76). Zudem werden angesichts der Tragweite der zu treffenden Entscheide vielfach an die Urteilsfähigkeit hohe Anforderungen gestellt (77). Ob dies richtig ist, muss indessen bezweifelt werden. Nur wenn das in Frage stehende höchstpersönliche Recht derart weitreichende und schwerwiegende Konsequenzen hat, dass der Schutzgedanke eine Ueberwachung erfordert, ist es gerechtfertigt, strenge Anforderungen an die Urteilsfähigkeit zu stellen. Solche Fälle sind indessen bereits kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschriften der selbständigen Geltendmachung durch urteilsfähige Unmündige entzogen (78). Handelt es sich dagegen um nicht rational begründbare Entscheide oder solche von geringer Tragweite, so sind die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit zu senken (79) (80).

-
- (74) Was schon Gontersweiler, 19, feststellen musste.
- (75) Z.B. das Recht, eine letztwillige Verfügung zu errichten oder zu widerrufen; das Recht über seine religiöse Anschauung selber zu entscheiden; das Recht, sich zu verloben und die Verlobung wieder aufzulösen; das Recht, einer Adoption zuzustimmen (als zu Adoptierender oder als Elternteil), etc.; vgl. die Aufzählungen der einzelnen höchstpersönlichen Rechte bei Bucher, N 221 ff.; Gontersweiler, 24 ff.
- (76) Z.B. die Mündigerklärung (Art. 15 ZGB); die Namensänderung (Art. 30 ZGB); vgl. auch Galliker, 73 ff.
- (77) Hegnauer, N 57 zu aArt. 279 ZGB
- (78) Vgl. die Aufzählung S.49 f.
- (79) Aehnlich: Bucher, N 104 zu Art. 16 ZGB und N 192 zu Art. 19 ZGB
- (80) Saladin, 191, schlägt als generellen Ausgangspunkt für die Annahme der Urteilsfähigkeit des 14. Altersjahr vor.

bbb) Grundsatz

Kommt dem Kind die Urteilsfähigkeit zu, so ist es mit Bezug auf sämtliche höchstpersönlichen Rechte handlungs- und damit auch prozessfähig und zwar ohne dass es der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf. Dessen Vertretungshandlungen, insbesondere im Prozess, sind unwirksam.

Das Argument, die urteilsfähigen Unmündigen bedürften zur Prozessführung über höchstpersönliche Rechte wegen der Kostenfolgen der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist zu verwerfen (81). Mit dieser Forderung nach Zustimmung wird die vom Bundesgesetzgeber eingeräumte selbständige Handlungs- und Prozessfähigkeit im Bereiche der höchstpersönlichen Rechte illusorisch gemacht (82). Gerade weil es hier um fundamentale, eng mit der Persönlichkeit verknüpfte Rechte geht, muss deren Durchsetzung unbekümmert um den finanziellen Hintergrund möglich sein. Diese Möglichkeit ist als wichtiges rechtsstaatliches Gebot einzustufen.

ccc) Ausnahmen

Das Gesetz sieht eine Reihe von Ausnahmefällen vor, in denen der urteilsfähige Unmündige die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters benötigt. Es handelt sich um folgende höchstpersönliche Rechte (83):

- Mündigerklärung (Art. 15 ZGB)
- Verlobung (Art. 90 Abs. 2 ZGB)
- Ehemündigerklärung (Art. 96 Abs. 2 ZGB)
- Eheschliessung (Art. 98 Abs. 1 ZGB)
- Ehevertrag (Art. 180 Abs. 2 ZGB)

(81) Hegnauer N 75-77 zu aArt. 279 ZGB; Jäggi, 155a

(82) Vgl. auch Bucher, N 197 zu Art. 19 ZGB

(83) Bucher, N 218 zu Art. 19 ZGB; Hegnauer N 78 zu aArt. 279 ZGB

- Anerkennung des Kindesverhältnisses (Art. 260 Abs. 2 ZGB) (84)
- Adoption (Art. 265 Abs. 2 ZGB)

Diese Ausnahmen sind alle von erheblicher Tragweite und greifen oft tief in das Leben des einzelnen Kindes ein. Der Gedanke, dass solche lebensgestaltenden Entscheidungen von den gesetzlichen Vertretern mitgetragen werden sollen ist im Grundsatz sicher richtig. Prekär ist aber die rechtliche Situation des gewaltunterworfenen Kindes, wenn die Eltern ohne triftige Gründe ihre Zustimmung versagen. Das ZGB sieht keinen besonderen Schutz des Kindes gegen willkürliche Verweigerung der Zustimmung vor. Einzige Schranke bildet wohl Art. 2 Abs. 2 ZGB. Diese Regelung wird zu Recht zunehmend als unbefriedigend empfunden. Dem Kind sollte gegen die elterliche Weigerung ein eigentliches Rechtsmittel zustehen (85). Nur diese Lösung wird der Personenwürde des Kindes voll gerecht.

ddd) Die wichtigsten Anwendungsfälle der selbständigen Ausübung höchstpersönlicher Rechte

Abgesehen von den nicht zivilprozessual geltend zu machenden höchstpersönlichen Rechten sowie jenen, deren Ausübung nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters möglich sind, verbleiben noch folgende erwähnenswerten Rechte, die der urteilsfähige Unmündige im Bedarfsfalle selbständig auf dem Wege des Zivilprozesses durchsetzen kann (86) (87):

-
- (84) Bernhard Sager, Die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater durch Anerkennung und seine Aufhebung, Diss. Zürich 1979, 32 ff.
 - (85) Saladin, 190 f. und 211 f.
 - (86) Bucher, N 196 zu Art. 19 ZGB
 - (87) Selbstredend kann der urteilsfähige Unmündige mit der Durchführung des Prozesses einen Anwalt beauftragen; vgl. § 6, S. 75 ff.

aaaa) Recht auf Genugtuung (88)

Die Genugtuungsklage hat absolut höchstpersönlichen Charakter (89), d.h. sie ist derart eng mit der Persönlichkeit des Rechtsträgers verknüpft, dass sie nur von ihm geltend gemacht werden kann (90). Genugtuungsansprüche können einem urteilsfähigen Unmündigen wegen Verlöbnißbruches (Art. 93 ZGB) sowie allgemein wegen Verletzung in den persönlichen Verhältnissen (Art. 28 ZGB, Art. 49 OR) entstehen (91). Werden neben Genugtuungsansprüchen noch Vermögenswerte, Aufwendungen oder Schadenersatz verlangt, so ist nach herrschender Meinung der urteilsfähige Unmündige hiefür nicht prozessfähig, er hat sich von seinem gesetzlichen Vertreter vertreten zu lassen (92).

bbbb) Feststellung des Rechts auf Führung eines bestimmten Namens oder auf Unterlassung der Führung des eigenen Namens durch einen Dritten (Art. 29 ZGB) (93).

cccc) Recht der Eltern auf persönlichen Verkehr mit ihren Kindern (Art. 273 ZGB) (94).

dddd) Feststellung des Kindesverhältnisses (Art. 261 Abs. 1 ZGB) (95).

Diese Klage kann neuerdings vom Kind bis ein Jahr über die Mündigkeit hinaus geltend gemacht werden

(88) Allgemein: v.Thur/Peter, 125 ff.

(89) Gontersweiler, 17

(90) Galliker, 56; Gontersweiler, 15

(91) Bucher, N 196 und 222 ff. zu Art. 19 ZGB

(92) Bucher, N 240 und 323 f. und dort zit. Literatur.

(93) Bucher, N 234 zu Art. 19 ZGB

(94) Botschaft, 52; Bühler/Spühler, N 295 zu Art. 156 ZGB

(95) Eingehend: Hug 1. ff.

(Art. 263 Ziff. 2 ZGB) (96). Ist das Kind urteilsfähig, muss eine selbständige Geltendmachung dieses höchstpersönlichen Rechtes möglich sein.

Von Bedeutung ist auch der Fall, in dem diese Klage gegen einen urteilsfähigen unmündigen Burschen als mutmasslicher Vater gerichtet ist (97). Hier fragt es sich nämlich, ob er den Prozess selbständig führen könne. Zur Anerkennung der Vaterschaft bedarf er bekanntlich der Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter (98). Daraus könnte vom Resultat her geschlossen werden, dass eine selbständige Prozessführung nicht in Frage komme. Nach der hier vertretenen Ansicht darf aber der Katalog der zustimmungsbedürftigen Geschäfte durch Analogie nicht erweitert werden (99), so dass mangels besonderer Vorschrift eine selbständige Prozessführung möglich sein muss (100).

Aehnlich gelagert ist der Fall, in dem die Klage von einer urteilsfähigen unmündigen Mutter erhoben wird. Auch sie muss den Prozess selbständig führen können (101). Im Zusammenhang mit der Klage der Mutter stellt sich die weitere Frage, ob der unverheirateten, urteilsfähigen unmündigen Mutter die Ansprüche gemäss Art. 295 ZGB (Entbindungs- und Unterhaltskosten, etc.) ebenfalls zur selbständigen Geltendmachung offenstehen. Aus Zweckmässigkeitsgründen werden diese Ansprüche meist zusammen mit der Vaterschaftsklage geltend gemacht. Soll nun die Klage getrennt werden in

(96) Botschaft, 47 f.

(97) Z.B. BGE 69 II 134 gegen einen 14 ½-jährigen Burschen; vgl. auch BGE 67 II 77

(98) Art. 260 Abs. 2 ZGB

(99) Vgl. S. 49

(100) Hug, 79 Anm. 6

(101) Hug, 78

einen höchstpersönlichen Bereich mit Bejahung der Prozessfähigkeit der urteilsfähigen unmündigen Mutter und in einen Kostenersatzbereich, für den der gesetzliche Vertreter handeln müsste? Ein solches Vorgehen widerspräche zunächst der Prozessökonomie. Zudem kann die Urteilsfähigkeit der Mutter regelmässig nicht verneint werden. Schliesslich besteht ein Teil der fraglichen Ansprüche in nichts anderem als dem durch die Geburt entgangenen Arbeitserwerb, für den die junge Mutter aber prozessfähig wäre. Auch die Natur der Ansprüche legt es nahe, sie als typische Nebenansprüche denselben Voraussetzungen bezüglich der Handlungs- und Prozessfähigkeit zu unterstellen, wie die Hauptklage selbst (102).

eeee) Anfechtung der Vermutung der Vaterschaft (Art. 256 Ziff. 2 ZGB und Art. 259 Ziff. 2 ZGB)

Auch diese Klagen können bei Urteilsfähigkeit des Unmündigen selbständig erhoben werden (103). Sie sind befristet bis ein Jahr nach der Mündigkeit (Art. 256c Abs. 2 ZGB).

ffff) Anfechtung der Anerkennung (Art. 260a ZGB)

Die Anerkennung der Vaterschaft kann von jedermann, der ein Interesse hat, also auch vom Kind, angefochten werden (104). Erfolgt die Anerkennung aber durch nachträgliche Heirat der Eltern, so darf das Kind nur anfechten, wenn während seiner Unmündigkeit der

(102) Hug, 78, geht offenbar stillschweigend davon aus, dass die urteilsfähige unmündige Mutter für die fraglichen Ansprüche prozessfähig sei; vgl. auch Botschaft, 68. Die herrschende Meinung ist gegenteiliger Ansicht. Vgl. Bucher, N 254 zu Art. 19 ZGB; Egger, N 5 zu aArt. 317 ZGB

(103) Bucher, N 254 zu Art. 19 ZGB

(104) Art. 260a Abs. 1 ZGB

gemeinsame Haushalt der Ehegatten aufgehört hat oder die Anerkennung erst nach Vollendung seines 12. Altersjahres ausgesprochen worden ist (105). Aufgrund der höchstpersönlichen Natur dieser Ansprüche muss das urteilsfähige Kind diese Anfechtungsklagen selbständig durchführen können (106).

gggg) Unterhaltsklage (Art. 279 ZGB)

Das Klagerecht auf Leistung des Unterhalts steht dem Kind zu. Ist es unmündig, so wird die Klage in seinem Namen vom gesetzlichen Vertreter erhoben (107). Richtet sich die Klage gegen Vater und/oder Mutter, so ist dem Kind, auch dem urteilsfähigen, ein Beistand zu ernennen. Für die selbständige Prozessführung braucht das urteilsfähige Kind aber zumindest die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

(105) Art. 259 Ziff. 2 ZGB; vgl. hiezu Hegnauer in Festschrift Hinderling, Basel 1976, 99

(106) Bucher, N 262 f. zu Art. 19 ZGB; Gontersweiler, 61

(107) Botschaft 58; Hegnauer, Kindesrecht, 117; Reusser, 67

dd) Die Deliktsfähigkeit

Gemäss Art. 19 Abs. 3 ZGB werden die urteilsfähigen Unmündigen aus unerlaubten Handlungen schadenersatzpflichtig. Unter unerlaubten Handlungen sind dabei nicht nur eigentliche Delikte zu verstehen, wie es der meist verwendete Ausdruck "Deliktsfähigkeit" (108) nahelegen würde. Es fallen alle nicht-rechtsgeschäftlichen Verhaltensweisen darunter (109).

Einzige Voraussetzung der Deliktsfähigkeit ist die Urteilsfähigkeit (110). Die Frage nach der Deliktsfähigkeit ist daher stets auch jene nach der Urteilsfähigkeit für die in Frage stehende Handlung (111). Das betroffene Kind muss die tatsächliche und sittliche Bedeutung seines Handelns erfassen können (112). Anders als bei den Rechtsgeschäften ist im zivilrechtlichen Deliktsrecht bei der Entscheidung, ob Urteilsfähigkeit und damit Deliktsfähigkeit vorliege, eine quantitative und graduelle Abstufung möglich (113). Es kann einem Kind mit anderen Worten eine beschränkte Urteilsfähigkeit für ein bestimmtes Verhalten zuerkannt werden. Dies hat zur Folge, dass es - unabhängig von anderen Reduktionsgründen - nur für einen Teil des verursachten Schadens einzustehen hat (114).

(108) Bucher, N 362 zu Art. 19 ZGB; Egger, N 21 zu Art. 19 ZGB

(109) Bucher, N 365 und 376 ff. zu Art. 19 ZGB

(110) Bucher, N 362 zu Art. 19 ZGB; Egger, N 21 zu Art. 19 ZGB; v. Tuhr/Peter, 431

(111) Es kann für die Grundsätze auf die Behandlung der Urteilsfähigkeit verwiesen werden, vgl. S. 31 ff.

(112) Egger, N 21 zu Art. 19 ZGB

(113) Bucher, N 394 ff. zu Art. 19 ZGB

(114) Z.B. Pra 64 (1975) Nr. 67 E. 3 a)

Wie bereits zur Urteilsfähigkeit ausgeführt wurde (115), ist es unmöglich, allgemein gültige Kriterien anzugeben, die es erlauben würden, die Urteils- und damit Deliktsfähigkeit eines Kindes bestimmten Alters für einen bestimmten Sachverhalt zum voraus festzulegen (116). Jeder Fall muss einzeln geprüft werden, und das Ergebnis hängt vielfach von der Person des Richters ab, dem ein beträchtlicher Ermessensspielraum zusteht.

Besonderer Erwähnung bedarf der Fall, in dem der urteilsfähige Unmündige seinen Vertragspartner über seine Handlungsfähigkeit täuscht und diesem daraus Schaden erwächst. Beim Abschluss des Rechtsgeschäftes unter Anwesenden wird die fehlende Mündigkeit meist ohne weiteres erkennbar oder jedenfalls leicht abklärbar sein. Der Vertragspartner ist gegenüber einem jugendlichen Vertragsgegner verpflichtet zu prüfen, ob dieser handlungsfähig sei (117). Unterlässt er diese Prüfung, so kann er sich nicht auf seinen guten Glauben berufen, sein Irrtum wäre unentschuldigbar (118). Beim Abschluss eines Rechtsgeschäftes unter Abwesenden ist es dagegen möglich, dass ein Vertragsgegner von einem urteilsfähigen Unmündigen durch falsche Angaben über sein wahres Alter getäuscht wird. Diesfalls ist Art. 411 Abs. 2 ZGB analog anzuwenden, d.h. der urteilsfähige

(115) S. 31

(116) Kasuistik zur Deliktsfähigkeit der Kinder bei Bucher, N 119 ff. zu Art. 16 ZGB und Oftinger, Band I, 154 f., Anm. 102

(117) Gertrud Müller, Der Schutz des gutgläubigen Dritten im Familienrecht, Diss. Zürich, 1924, 32

(118) Jaeger, 35

Unmündige wird seinem Vertragsgegner für den entstandenen Schaden gemäss Art. 41 ff. OR schadenersatzpflichtig (119)(120).

Prozessual relevant ist im Zusammenhang mit der Deliktsfähigkeit, dass der urteils- und damit deliktsfähige Unmündige in einem allfälligen Schadenersatzprozess durch seinen gesetzlichen Vertreter vertreten werden muss und eine selbständige Prozessführung grundsätzlich nicht in Frage kommt. Trotz gegebener Deliktsfähigkeit geht dem urteilsfähigen Unmündigen also die Prozessfähigkeit bezüglich der Schadenersatzprozesse regelmässig ab (121).

Diese Regelung leuchtet ohne weiteres ein, wenn man bedenkt, dass die schweizerische Rechtsprechung die Deliktsfähigkeit bereits in relativ niedrigem Alter bejaht (122). Die Prozessführung dagegen stellt Ansprüche, die weit über das für Delikte notwendige Urteils- und Einsichtsvermögen hinausgehen.

-
- (119) Bucher, N 403 ff. zu Art. 19 ZGB; Jaeger, 35; G. Müller, 32; Schmid, 18
- (120) Für die damit zusammenhängende Frage, inwieweit neben dem urteilsfähigen Unmündigen dessen Familienhaupt gemäss Art. 333 ZGB hafte, sei auf Schmid, 18 ff. und die dort zit. Literatur und Rechtsprechung verwiesen.
- (121) Bucher, N 375 zu Art. 19 ZGB
- (122) Schiessen mit Pfeil und Bogen: Mit 7 Jahren (BGE 103 II 27 E. 4); Brand entfachen mit Zündhölzern: Mit 9 Jahren (BJM 1973, 292 f.; Pra 64 (1975) Nr. 67)

ee) Die Verfügung über den eigenen Arbeitserwerb

Art. 323 Abs. 1 ZGB räumt dem Kind das Recht ein, seinen eigenen Arbeitserwerb sowie das Vermögen, das es von seinen Eltern zum Betrieb eines Berufes oder Gewerbes erhält, selbst zu verwalten und zu nutzen. Dies gilt jedoch nur für das urteilsfähige Kind (123). Lebt es im Haushalt seiner Eltern, so können diese einen angemessenen Beitrag an den Unterhalt verlangen (124). Ist das Kind dagegen nicht mehr bei seinen Eltern wohnhaft, so hat es für seinen Unterhalt, soweit zumutbar, selber aufzukommen (125), kann aber andererseits auch nicht gezwungen werden, etwas an den elterlichen Haushalt beizusteuern (126).

Was vor der Revision des Kindesrechtes nur für die mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter ausserhalb des elterlichen Haushaltes lebenden Kinder galt (127), ist nun auf alle urteilsfähigen Kinder anwendbar (128). Damit ist ein bedeutender Schritt zur Anpassung des Gesetzes an die Realität und die veränderten Anschauungen getan worden. Die neue Regelung hat zur Folge, dass das Kind - unbekümmert darum, wo es lebt - im Rahmen seines Arbeitserwerbes handlungsfähig ist (129). Damit wurde die einleuchtende Regel,

(123) Hegnauer, Kindesrecht, 160; Reusser, 81

(124) Art. 323 Abs. 2 ZGB

(125) Art. 376 Abs. 3 ZGB; Hegnauer, Kindesrecht, 159 unten; ders. in ZVW 33 (1978), S. 19; Reusser, 81

(126) Unter Vorbehalt der Unterstützungspflicht gemäss Art. 328 ZGB und der allgemeinen Beistandspflicht gemäss Art. 272 ZGB.

(127) aArt. 295 ZGB; zur Prozessfähigkeit im besonderen: Hegnauer, N 80 zu aArt. 295 ZGB; Speiser, 89 f.; Sträuli/Messmer, N 15 zu §§ 27/28 ZPO; SJZ 55, S. 159 f. Nr. 65

(128) Botschaft, 91; Hegnauer, Kindesrecht, 159; Reusser, 80 f

(129) Botschaft, 91

in die Praxis umgesetzt, dass wer fähig sei, Geld zu verdienen, auch fähig sei, zu bestimmen, was mit dem selbstverdienten Geld zu geschehen habe (130).

Weil die Prozessfähigkeit der Handlungsfähigkeit zu entsprechen hat (131), ist das urteilsfähige Kind im entsprechenden Rahmen auch prozessfähig (132).

Ein grundsätzlicher Unterschied zur Regelung von aArt. 295 ZGB besteht darin, dass das Kind früher nur mit Zustimmung der Eltern über sein Einkommen verfügen konnte. Heute steht den Kindern dieses Recht aber von Gesetzes wegen zu. Diese grosszügige und zeitgemässe Regelung bringt es indessen mit sich, dass die Einflussmöglichkeiten der Eltern geringer werden und damit der Schutz des Kindes vor Uebervorteilung und vor dem Eingehen unsinniger Geschäfte praktisch entfällt. Diese Konsequenz mag diejenigen, die am Gesetz mitwirkten dazu bewogen haben, zumindest auf dem Wege der Interpretation des Gesetzestextes Mittel und Wege zu suchen, die Handlungs- und Prozessfähigkeit der urteilsfähigen Unmündigen doch wieder irgendwie zu begrenzen (133).

Die Praxis zu aArt. 295 Abs. 2 ZGB räumte den Minderjährigen, die mit elterlicher Bewilligung auswärts lebten, eine Handlungsfähigkeit ein, die ein Vielfaches eines Monatslohnes ausmachte (134). Ebenso bezog sie ohne weiteres die Verfügung über das aus dem eigenen Verdienst Ersparte in den Be-

(130) Reusser, 81

(131) Vgl. S. 27

(132) Botschaft, 91; Hegnauer, Kindesrecht, 159

(133) Vgl. Anm. 138 *sogleich*

(134) Z.B. SJZ 55, Nr. 65, S. 160, wo das Eingehen einer Schuld von Fr. 3'411.20 bei einem Monatslohn von Fr. 314.-- als durchaus im Rahmen selbständigen Handelns liegend bezeichnet wird.

reich selbständigen Handelns ein (135). Laut Botschaft (136) sollen durch die Gesetzesrevision alle erwerbstätigen Kinder den eben beschriebenen altrechtlichen Regeln über die mit Zustimmung der Eltern ausserhalb der häuslichen Gemeinschaft lebenden Kindern unterstellt werden. Demgemäss wäre zu erwarten, dass am Umfang der Handlungs- und damit Prozessfähigkeit nicht gerüttelt würde. Dem ist aber nach herrschender Meinung nicht so. Mit der Begründung, dass sich eine quantitative Begrenzung der Handlungsfähigkeit der urteilsfähigen Kinder daraus ergebe, dass den Eltern nach wie vor das Recht zustehe, den Arbeitsvertrag abzuschliessen und aufzulösen (137), wird postuliert, die Kinder könnten nur Verpflichtungen eingehen, welche den ihnen bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zustehenden Lohn nicht übersteigen (138).

Diese Begrenzung erscheint als gekünstelt. Sie widerspricht nicht nur der Praxis zu aArt. 295 Abs. 2 ZGB, dessen Nachfolge die neue Bestimmung von Art. 323 ZGB antreten soll, sondern auch den praktischen Bedürfnissen der bereits weitgehend selbständigen Jugendlichen und vor allem denjenigen der Verkehrssicherheit. Sie hat ausserdem die nicht sehr überzeugende Folge, dass diejenigen Jugendlichen, die aufgrund ihrer geringen intellektuellen Fähigkeiten als Fabrik- oder Hilfsarbeiter tätig sind, über die grösste selbständige Handlungs- und Prozessfähigkeit verfügen, während der klassenerste

(135) Hegnauer schreibt in N 80 zu aArt. 295 Abs. 2 ZGB: "Das Kind ist handlungsfähig, soweit es die freie Verfügung über seinen Arbeitserwerb und das daraus Ersparte betrifft und in diesem Rahmen auch prozessfähig." Vgl. auch die dort angegebene Literatur und Rechtsprechung.

(136) 91

(137) Ueber das Zustandekommen des Arbeitsvertrages: Speiser, 68 ff.

(138) Botschaft, 91; Hegnauer, Kindesrecht, 159; Reusser, 81

Gymnasiast eine Handlungsfähigkeit im Rahmen seines Taschengeldes genießt. Hinzu kommt als schwerwiegender Nachteil, dass diese vordergründig plausible und für den Richter - kaum aber für den Vertragspartner des Jugendlichen - relativ leicht überprüfbare Regel gegen den Grundgedanken der Einräumung einer selbständigen Handlungsfähigkeit verstösst. Die Heranwachsenden sollen ja entsprechend ihrer geistigen und körperlichen Fähigkeiten in ein immer dichteres Geflecht von rechtlichen Ansprüchen und Pflichten (139) hineinwachsen. Sie sollen lernen, vernünftig und selbstverantwortlich zu handeln. Dazu gehört ein vorausschauendes Einteilen der Geldmittel und ein Koordinieren der eingegangenen und einzugehenden Verpflichtungen. Es darf den Jugendlichen daher nicht verwehrt sein, Ersparnisse aus ihrem Arbeitserwerb zurückzulegen, um sich selbständig eine grössere Anschaffung, etwa ein Motorrad oder ein Occasionsauto, Möbel, Ferienreisen etc. leisten zu können.

Bei der Beschränkung der selbständigen Handlungs- und damit Prozessfähigkeit auf zwei bis drei Monatslöhne (je nach Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist) ist ausserdem nicht klar, ob dies für ein Geschäft oder insgesamt gelte. Gilt es für ein Geschäft, was anzunehmen ist, so vermag diese Regelung nicht zu verhindern, dass sich ein Jugendlicher durch Eingehen vieler einzelner Verpflichtungen überschuldet.

(139) So Saladin, 187

Die Begrenzung der selbständigen Handlungs- und Prozessfähigkeit sollte daher flexibler gestaltet werden. Dies ist ohne weiteres auf dem Wege der Praxisgestaltung der Gerichte möglich. Sachgerecht und einleuchtend erscheint die Faustregel, dass urteilsfähige Unmündige handlungs- und prozessfähig sind für Rechtsgeschäfte, die sich auf ihr Fortkommen und ihre täglichen Bedürfnisse beziehen (140).

Zeigt sich, dass das Kind der ihm von Gesetzes wegen eingeräumten Handlungsfähigkeit nicht gewachsen ist, so können die Eltern durch Entzug der Bewilligung zum Auswärtswohnen, durch Erhöhung des Beitrages des Kindes an den eigenen Unterhalt oder durch Auflösung oder Aenderung des Arbeitsvertrages auf ihr unmündiges Kind einwirken. Notfalls kann auch die Vormundschaftsbehörde eingeschaltet werden. Wenn das Kind nämlich durch Eingehen übermässiger anderweitiger Verpflichtungen zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes nicht mehr genügend Mittel besitzt, gefährdet es das Kindesvermögen. Gestützt auf Art. 325 Abs. 2 ZGB kann die Vormundschaftsbehörde dem Kind eine Beistandschaft zur Verwaltung des Arbeitserwerbes errichten (141). Dem Kind wird dadurch die beschränkte Handlungsfähigkeit im Sinne von Art. 323 ZGB entzogen. Als Beistand können die Eltern oder ein Elternteil ernannt werden.

(140) Diese Formulierung lehnt sich an § 33 Ziff. 4. aZPO an, der die Prozessfähigkeit der handlungsunfähigen Fremden regelte.

(141) Hegnauer in ZVW 33 (1978) 19

ff) Das Handeln gemäss § 28 ZPO

Die Bestimmung von § 28 ZPO, wonach der urteilsfähige Unmündige, wenn Gefahr im Verzuge ist, vorläufig selbst das Nötige vorkehren kann, ist rein prozessualer Natur. Die Befugnis des urteilsfähigen Unmündigen geht nur dahin, vorläufig, also nicht endgültig und nicht voll rechtswirksam, sondern nur unter dem Vorbehalt der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (142), prozessual zu handeln. Im Grunde genommen liegt ein gesetzlich geregelter Fall von vermuteter Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vor. Die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters bleibt unangetastet (143); er kann der vorläufigen Handlung seines Schützlings immer noch die Zustimmung versagen. Dies ist jedoch nur dann zulässig, wenn die wohlverstandenen Interessen des Kindes oder Mündels die Verweigerung der Zustimmung erheischen (144).

Neben dem Erfordernis der nachträglichen Genehmigung ist das selbständige Handeln des urteilsfähigen Unmündigen noch dadurch beschränkt, dass er nur das "Nötige" vorkehren kann. Es geht also nur darum, das zu Abwendung drohenden Rechtsverlustes Unabdingbare zu tun.

Weil somit das Handeln des urteilsfähigen Unmündigen gemäss § 28 ZPO im Effekt keine Erweiterung der vom Bundesrecht geregelten Prozess- und

-
- (142) Guldener, 128 Ziff. 2 lit. d); Stocker, 199 f.; Walder, 131
- (143) Holenstein, 98
- (144) Die Verweigerung der Zustimmung unterliegt dem Willkürverbot gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB

Handlungsfähigkeit (145) bringt, ist die Vorschrift auch nicht bundesrechtswidrig (146).

Als Beispiele des Handelns gemäss § 28 ZPO sind vor allem Fristwahrungen bei Abwesenheit, Verhinderung oder Nachlässigkeit des gesetzlichen Vertreters zu nennen (147). Daneben kann auch die einstweilige Einleitung eines Befehlsverfahrens nötig werden. Fraglich ist indessen bereits, ob der urteilsfähige Unmündige gestützt auf § 28 ZPO eine sonst verfallende Weisung einreichen dürfe. Wird die Weisung nicht eingereicht, tritt zwar kein unmittelbarer Rechtsverlust ein (sofern nicht die Verwirkung einer Frist droht), dennoch ergeben sich Nachteile, nämlich Verzögerungen und unnötige Kosten und Umtriebe, weil die Sühnverhandlung wiederholt werden muss.

Da durch das Einreichen der Weisung aber zugleich die Rechtshängigkeit des Prozesses bewirkt wird (148), kann der gesetzliche Vertreter sie bewusst nicht eingereicht haben, weil er zur Ansicht gelangt ist, ein Prozess liege nicht im Interesse seines Schützlings. Weil in der Regel kein Rechtsverlust droht und davon ausgegangen werden darf, der gesetzliche Vertreter besorge seine Aufgabe mit gehöriger Sorgfalt, darf dem urteilsfähigen Unmündigen die Befugnis, eine

(145) Vgl. S. 28

(146) Holenstein, 98

(147) Sträuli/Messmer, N 16 zu §§ 27/28 ZPO

(148) § 102 Abs. 1 ZPO; die Rechtshängigkeit zeitigt ihrerseits wieder Folgen, die meist schwerer wiegen, als jene einer verfallenen Weisung; vgl. § 107 ZPO

sonst verfallende Weisung einzureichen, nicht zuerkannt werden (149), denn damit würde er gleichzeitig über die Prozesseinleitung entscheiden. Der gesetzliche Vertreter könnte zwar durch Nichtgenehmigung der Handlung des urteilsfähigen Unmündigen die Durchführung des Prozesses verhindern, müsste aber damit rechnen, mit den gerichtlichen Abschreibungskosten belastet zu werden.

Ganz allgemein muss betont werden, dass es sich bei § 28 ZPO um eine Ausnahmeregelung (150) handelt und demgemäss sein Anwendungsbereich restriktiv zu handhaben ist. Dies darf aber nicht dazu führen, § 28 ZPO zum toten Buchstaben werden zu lassen. Dem Richter steht in der Zweckbestimmung von § 28 ZPO, nämlich Rechtsverluste für den urteilsfähigen Unmündigen zu vermeiden, ein überschaubares und taugliches Mittel zur Verfügung, um rasch und sicher entscheiden zu können, ob er die Handlung des urteilsfähigen Unmündigen einstweilen akzeptieren kann. Im Zweifelsfalle ist die Handlung jedenfalls zuzulassen, weil ein Rechtsverlust bedeutend schwerer wiegt, als das Risiko einer Verweigerung der Zustimmung durch den gesetzlichen Vertreter.

(149) Walder, Prozesserledigung, 12; a.A. Sträuli/Hauser, zürcherische Rechtspflegegesetze, II., Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 1939, N 1 zu § 32 aZPO

(150) Walder, Prozesserledigung, 12

V. Kritik der gegenwärtigen Regelung

Obwohl bereits bei der Behandlung der Voraussetzungen und Anwendungsfälle der Prozessfähigkeit von Kindern verschiedentlich kritische Bemerkungen angebracht werden mussten, seien abschliessend zu diesem entscheidenden Problemkreis die wichtigsten Punkte einer näheren Betrachtung unterzogen. Es handelt sich vor allem um die Frage, wann ein Kind mündig erklärt werden solle und - damit zusammenhängend - wieviel Schutz das Kind benötigt.

Das der Urteilsfähigkeit als eigentlich entscheidendem Kriterium der Handlungsfähigkeit beigegebene formale Element des Mündigkeitsalters hat vorwiegend Schutzcharakter und dient der Verkehrssicherheit. Es stellt die Fiktion auf, mit Vollendung eines gewissen Alters benötige der durchschnittlich entwickelte junge Mensch den elterlichen oder vormundschaftlichen Beistand nicht mehr; der letztlich alleinige Zweck der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt, nämlich sich überflüssig zu machen, sei nun erreicht (151) und das Kind befähigt, für alle seine Rechtshandlungen selbst verantwortlich zu zeichnen. In dieser fiktiven Annahme liegt immer eine gewisse Willkür (152), weil auf die unterschiedliche Entwicklung und die Fähigkeiten der einzelnen Individuen keine Rücksicht genommen wird. Es gibt Menschen, die bereits mit sechzehn Jahren fähig sind, in allen Lebensbereichen selbst-

(151) H. Henkel, in Berner Tage für die iuristische Praxis, Bern 1978, 96

(152) Galliker, 5

verantwortlich zu handeln, während andere (ohne bevormundet zu sein) diese Stufe ihrer Lebtag nie erreichen.

Wenn der Zeitpunkt der Mündigkeit erreicht ist, hängt von den jeweiligen gesellschaftlichen und sozialen Verhältnissen und vor allem vom Ergebnis der Wertabwägung zwischen Freiheit einerseits und Fürsorge andererseits ab. Freiheit fordert eigene Rechtswahrung durch den Rechtsträger; Fürsorge fordert Fremdsorge (153).

In der Schweiz hat der Schutzgedanke einen sehr hohen Stellenwert. Immerhin baute der Gesetzgeber die Befugnisse der urteilsfähigen Unmündigen anlässlich der Revision des Kindesrechtes aus und diejenigen der Eltern bzw. des Vormundes entsprechend ab. Der Grundgedanke, dass die schützende Hand der gesetzlichen Vertreter allmählich und nicht plötzlich zurückgezogen werden soll, ist sicher richtig und entspricht dem wahren Sinn einer echten Emanzipation. Bevormundung soll ersetzt werden durch Vertrauen in die eigenen wachsenden Fähigkeiten des Kindes. Schutz ist demzufolge nur dort angebracht und zu gewähren, wo dem Kind die Fähigkeit mangelt, selbst vernünftig und ohne sich zu schaden zu handeln. Dabei darf aber von den Kindern nicht ein grösseres Mass von Vernunft gefordert werden, als ein durchschnittlicher Erwachsener besitzt. Schutz der weitergeht, als durch fehlende Vernunft erforderlich, bedeutet Behinderung der Entwicklung des Kindes zum selbstverantwortlichen Bürger.

(153) Jäggi, 154a

Wer zu sehr den Schutz des zwar beinahe erwachsenen, aber noch unmündigen Kindes im Auge hat - von den wirklich Schutz benötigenden Kleinkindern sei hier nicht die Rede - leistet diesen einen Bärenienst. Was die heutige Zeit von den zukünftigen Bürgern verlangt, und wofür sie vorbereitet werden müssen, kann wohl kaum treffender gesagt werden, als dies Mme DEGOUMOIS (154) formulierte:

"Dans une société complexe et en pleine mutation, telle que nous la connaissons en Suisse, les enfants - hommes de demain - doivent être armés dès leur plus jeune âge pour faire face à un avenir incertain et menaçant. Il découle de cette réalité sociologique l'urgence de les aguerrir en leur donnant les moyens nécessaires à cette préparation: d'où une autonomie grandissante qui va se traduire, juridiquement, par une capacité civile débutant bien avant la majorité."

In der Schweiz ist bisher erstaunlich wenig über die Angemessenheit unserer zivilrechtlichen Mündigkeitsgrenze diskutiert worden. Vorstösse, die politische Mündigkeitsgrenze, die für die zivilrechtliche Schrittmacherdienste leisten könnte, zu senken, blieben bisher auf Bundesebene erfolglos (155). Immerhin nimmt die Zahl der Kantone, die ihren jungen Mitbürgern ab achtzehn Jahren das Stimm- und Wahlrecht gewähren

(154) ZVW 34 (1979), 1

(155) In der Volksabstimmung vom 18. Februar 1979 wurde eine Initiative zur Senkung des Stimm- und Wahlalters auf 18 Jahre auf Bundesebene verworfen.

langsam, aber stetig zu. Viele Kantone begnügen sich aber damit, die Heranwachsenden ab achtzehn Jahren einer Steuerpflicht zu unterwerfen, ohne ihnen entsprechende Mitspracherechte zu gewähren.

Ein Blick auf die Regelungen des Mündigkeitsalters anderer Länder zeigt, dass in den letzten beiden Jahrzehnten weltweit eine Tendenz zur Senkung des Mündigkeitsalters besteht. Unsere Nachbarländer haben - mit Ausnahme von Oesterreich, das die Grenze auf 19 Jahre festsetzte - das zivilrechtliche Mündigkeitsalter auf 18 Jahre festgesetzt (156).

Diese Entwicklung ist nicht zufällig. Sie hängt einerseits eng zusammen mit der auch in der Schweiz zu beobachtenden Tendenz und Möglichkeit, sich gegenüber den Eltern früher persönlich und ökonomisch selbständig zu machen, andererseits mit den politischen Bestrebungen, der Jugend vermehrt und früher als bisher Mitwirkungsmöglichkeiten einzuräumen.

Das relativ hohe schweizerische Mündigkeitsalter stammt demgegenüber aus einer Zeit, in der die jungen Leute im Alter von 20 Jahren in den weit- aus meisten Fällen mit ihren Eltern unter einem Dach lebten. Die heutige Wirklichkeit sieht anders aus. Immer mehr Jugendliche verlassen ihr Elternhaus lange vor ihrer Mündigkeit. Hinzu kommt, dass viele junge Menschen heute über erkleckliche finanzielle Mittel verfügen; während es noch vor einer oder zwei Generationen die

(156) Gesamtübericht bei Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Frankfurt/a/Main, 1957 ff.

Regel war, dass die arbeitenden Kinder ihren Lohn bis auf ein Taschengeld ihren Eltern abgaben. Die heutige Regelung schafft vor allem für die Altersgruppe zwischen 18 und 20 Jahren Probleme, indem ihre de facto bestehende, vielfach totale Selbständigkeit de iure nicht mitvollzogen wird. Es besteht mit anderen Worten vielfach eine erhebliche Unsicherheit über Umfang und Grenzen der Handlungsfähigkeit der urteilsfähigen Unmündigen und zwar auf Seiten des Unmündigen wie auch auf derjenigen seiner potentiellen Vertragspartner. Die Situation hat sich durch die mit dem neuen Kindesrecht gewährte Verfügung über den Arbeitserwerb noch verschärft. Die Handlungsfähigkeit eines urteilsfähigen Unmündigen bestimmt sich dadurch heute im Ergebnis nach dessen Verdienst, was natürlich ein verfehltes Kriterium abgibt (157).

Da die bereits mehrfach erwähnte Regelung betreffend den Arbeitserwerb es ohne weiteres erlauben würde, gelebte Wirklichkeit und Gesetz wieder in Einklang zu bringen, erscheint die in der bisherigen Literatur zum neuen Art. 323 ZGB vertretene einschränkende Interpretation als verfehlt und der Wirklichkeit nicht gerecht werdend. Aengstliches Behüten des heranwachsenden jungen Menschen ist nicht gleichzusetzen mit dessen Wohl.

Abschliessend ist festzuhalten, dass auch die Schweiz, wenn der gegenwärtige Trend zu früherer Selbständigkeit anhält - und alles spricht dafür - nicht darum herumkommen wird, die Frage einer Senkung des Mündigkeitsalters erneut zu prüfen.

(157) Vgl. S. 58 ff.

§ 5 DIE POSTULATIONSFÄHIGKEIT

I. Allgemeines

Postulationsfähigkeit ist die Berechtigung zur persönlichen Vornahme von prozessualen Parteihandlungen (1). Sie geht in der Schweiz, die keinen Anwaltszwang kennt (2), im allgemeinen einher mit der Prozessfähigkeit; wer prozessfähig ist, ist auch postulationsfähig. Die Begriffe decken sich jedoch keineswegs. Die Postulationsfähigkeit bezieht sich nur auf den äusserlichen Vorgang der Prozessführung, während sich die Prozessfähigkeit auf die selbständige Verfügung über die im Prozesse stehenden materiellen Ansprüche bezieht (3). Die Postulationsfähigkeit ist im Gegensatz zur Partei- und Prozessfähigkeit auch nicht bundesrechtlich geregelt. Den kantonalen Zivilprozessordnungen bleibt es daher überlassen, zu bestimmen, unter welchen Umständen einer an sich prozessfähigen Person die Postulationsfähigkeit aberkannt werden soll.

So bestimmt § 29 Abs. 2 ZPO, dass das Gericht eine Person, die offensichtlich unfähig ist, ihre Sache selbst gehörig zu führen, dazu anhalten kann, einen Vertreter zu bestellen oder aus zureichenden Gründen selbst einen solchen ernennen darf. Dem Gericht steht es sogar frei, die Vormundschaftsbehörde zu benachrichtigen, wenn es vormundschaftliche Massnahmen für geboten hält (4). Im letzteren Falle geht es genau genommen nicht mehr um die Postulationsfähigkeit allein, sondern es wird die Prozessfähigkeit in Zweifel gezogen.

(1) Guldener, 132; Walder, 137

(2) Bucher, N 26 zu Art. 12 ZGB; Guldener, 132; Walder, 137

(3) Bucher, N 26 zu Art. 12 ZGB

(4) § 29 Abs. 2 ZPO

II. Die Postulationsfähigkeit des urteilsunfähigen Unmündigen

Dem urteilsunfähigen Unmündigen fehlt die Postulationsfähigkeit, wie ihm auch die Prozessfähigkeit abgeht. Beides kommt ausnahmslos seinem gesetzlichen Vertreter zu.

III. Die Postulationsfähigkeit des urteilsfähigen Unmündigen

1. In eigener Sache

a) Im Bereiche zugestandener eigener Prozessfähigkeit

Der urteilsfähige Unmündige befindet sich hinsichtlich seiner Postulationsfähigkeit insofern in einer kritischen Situation, als seine selbständige Prozessfähigkeit ohnehin eine Ausnahmeerscheinung darstellt und er im allgemeinen vermehrt Mühe haben wird, dem formellen Prozedere eines Prozesses gerecht zu werden, wie auch sich richtig zu artikulieren. Die Versuchung des Gerichtes, aus der mangelhaften Prozessführung durch einen selbständig handelnden Unmündigen nicht nur auf die Notwendigkeit der Bestellung eines Vertreters, sondern zugleich auf fehlende Prozessfähigkeit zu schliessen, ist gross. Gegenüber mündigen Personen wird man sich naturgemäss eine gewisse Zurückhaltung auferlegen und zumindest weniger rasch versucht sein, wegen mangelhafter Prozessführung gleich die Urteilsfähigkeit in Zweifel zu ziehen.

Der Gefahr, dass § 29 Abs. 2 ZPO bei urteilsfähigen Unmündigen allzu rasch angewendet wird, muss zunächst mit der Forderung nach einer erweiterten richterlichen Fragepflicht begegnet werden (5).

(5) Sträuli/Messmer, N 4 zu § 29 ZPO

Erst wenn dies nichts fruchtet, ist die Bestellung eines Vertreters zu verlangen, bzw. ein solcher von Amtes wegen zu ernennen. Lediglich als ultima ratio darf auf mangelnde Prozessfähigkeit geschlossen werden.

Weigert sich ein urteilsfähiger Unmündiger, einen Vertreter zu bestellen, oder leistet er der Auflage einfach keine Folge, so darf dies nicht generell als Bestätigung der fehlenden Urteils- und damit Prozessfähigkeit gewertet werden. Eine solche Annahme bedarf sorgfältiger und verständiger Abklärung der Weigerungs- bzw. Unterlassungsgründe. Eine andere Betrachtungsweise liesse keinen Raum mehr für die primäre gesetzliche Folge, nämlich, dass das Gericht diesfalls auf Grund der (ungenügenden) Vorbringen der Partei zu entscheiden habe. Die Weigerung, selbst einen Vertreter zu bestellen, kann hingegen einen zureichenden Grund darstellen, von Amtes wegen einen Vertreter zu ernennen. Arbeitet der urteilsfähige Unmündige in der Folge mit einem so ernannten Vertreter nicht zusammen, so stellt dies regelmässig ein Indiz für fehlende Urteils- und damit Prozessfähigkeit dar.

b) Im Bereiche der dem gesetzlichen Vertreter zukommenden Rechtswahrung

Kann der gesetzliche Vertreter den zwar urteilsfähigen, nicht aber mündigen Schutzbefohlenen mit der Führung eines Prozesses, für den diesem die Prozessfähigkeit fehlt, betrauen?

Die Frage muss bejaht werden, denn wenn sich urteilsfähige Unmündige (oder Entmündigte) gemäss Art. 19 Abs. 1 ZGB mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters verpflichten können, so

gilt das auch im Prozessrecht (6). Diese Regelung bedeutet also, dass der gesetzliche Vertreter dem urteilsfähigen Unmündigen eine abgeleitete, faktische Prozessfähigkeit verleihen kann. Ist der urteilsfähige Unmündige auf diese Weise prozessfähig, so sollte das kantonale Recht ihm die damit regelmässig verbundene Postulationsfähigkeit auch zuerkennen. Prozessuale Ordnungsvorschriften, wie etwa ein Mindestalter von 18 Jahren für die Postulationsfähigkeit würden die bundesrechtlich mögliche Zuerkennung der Prozessfähigkeit illusorisch machen und sind daher abzulehnen (7). Die beschriebene Lösung rechtfertigt sich umso eher, als sie nur für jene Fälle gilt, in denen die urteilsfähigen Unmündigen als Parteien direkt betroffen sind (8).

2. Als Vertreter eines Dritten

§ 29 Abs. 1 ZPO bestimmt, dass als Vertreter einer Partei nur Personen, die in bürgerlichen Ehren und Rechten stehen, in Frage kommen. Dies bedeutet für den Kanton Zürich, dass nur mindestens 20 Jahre alte, voll handlungsfähige Personen als Vertreter bestellt werden können (9). In Kantonen, die ihren jungen Mitbürgern bereits mit 18 Jahren die bürgerlichen Ehren und Rechte zukommen lassen, könnte demnach ein urteilsfähiger (zivilrechtlich) Unmündiger u.U. als Vertreter einer Partei die Postulationsfähigkeit besitzen.

(6) Bucher, N 126 zu Art. 19 ZGB

(7) Bucher, N 22 a.E. zu Art. 19 ZGB

(8) Folgender, realer Fall mag das illustrieren: Ein 19-jähriger macht eine Erfindung. Um die Erfinderrechte kommt es zum Prozess. Der mit den entscheidenden Fragen bestens vertraute junge Erfinder will den Prozess selber führen, sein gesetzlicher Vertreter, der von alldem nichts versteht, stimmt zu. Es wäre nun verfehlt, wenn das kant. Recht dem jungen Erfinder die Postulationsfähigkeit aberkennen würde.

(9) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 29 ZPO

§ 6 DAS RECHT ZUR BESTELLUNG EINES RECHTSVERTRETERS

I. Das selbständig handelnde Kind

Ist das Kind berechtigt, selbständig prozessual zu handeln, so muss es für die konkrete Angelegenheit auch einen Rechtsvertreter ernennen können. Dieser braucht die volle Handlungsfähigkeit (1).

Das Recht, selbständig einen Vertreter zu ernennen, besteht auch im Bereich der Ausübung höchstpersönlicher Rechte (2) (3).

Eine Nebenwirkung des Rechtes zur Ernennung eines Rechtsvertreters besteht darin, dass der Richter bei der Frage der Prozessfähigkeit des Kindes weniger zurückhaltend sein muss, wenn ein rechtskundiger Vertreter den Prozess führt. Freilich geht es um die Urteils- und damit Prozessfähigkeit des Kindes und nicht des Anwalts, dennoch kann durch dessen Mitwirkung, bzw. Aufklärung des Kindes über die Tragweite des Rechtsstreites de facto der Entscheid des Richters, ob das Kind urteilsfähig sei, beeinflusst werden. Da ein wichtiger Teil des Handelns und der Verantwortung auf den Anwalt übergeht, nähert sich das Verhältnis demjenigen der Vertretung des Kindes durch den gesetzlichen Vertreter, mit dem Unterschied, dass die Rechte des Kindes in der Regel besser gewahrt werden, als wenn der iuristisch nicht gebildete gesetzliche Vertreter das Kind vertreten würde.

-
- (1) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 29 ZPO
 - (2) Bucher, N 199 und 313 zu Art. 19 ZGB; Egger, N 12 zu Art. 19 ZGB; Lindegger, 24
 - (3) Das Kostenrisiko darf dabei kein Hinderungsgrund sein, vgl. S. 49

II. Das mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters handelnde Kind

Handelt das Kind mit Zustimmung (4) (5) seines gesetzlichen Vertreters, so kann es den Prozess selbst führen (6) oder aber einen Vertreter bestellen (7). Ist die Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters mit der Bedingung (8) verbunden, einen rechtskundigen Vertreter oder sogar einen bestimmten Vertreter zu ernennen, so besteht die Freiheit des urteilsfähigen Unmündigen lediglich in der Auswahl und Instruktion bzw. nur in der Instruktion des Vertreters. Der gesetzliche Vertreter hat es so in der Hand, die Ermächtigung - je nach seiner Beurteilung der Fähigkeiten und Einsichten seines Schutzbefohlenen - abzustufen.

III. Das Rechtsverhältnis zum ernannten Rechtsvertreter

Durch das Recht, einen Rechtsvertreter zu ernennen ergibt sich notwendigerweise eine zusätzlich Erweiterung der Handlungsfähigkeit der urteilsfähigen Unmündigen, indem diese auch zum Abschluss eines Auftragsverhältnisses (9) und zur Geltendmachung aller Ansprüche daraus fähig sein müssen. Zu denken ist an eine Auseinandersetzung über das Honorar des beauftragten Anwaltes oder an eine Verantwortlichkeitsklage.

Wollte man den urteilsfähigen Unmündigen das Recht, ein Auftragsverhältnis zu begründen absprechen, so wäre das Recht, einen Vertreter zu ernennen illusorisch und damit oft die Durchsetzung des Anspruches

(4) Zum Begriff: V.Tuhr/Peter, 150

(5) Bucher, N 36 ff. zu Art. 19 ZGB; Vgl. auch S.37 ff.

(6) Sträuli/Messmer, N 16 zu §§ 27/28 ZPO

(7) Bucher, N 20 zu Art. 19 ZGB; ZBJV 83 (1947) S. 230

(8) Bucher, N 44 zu Art. 19 ZGB

(9) Bucher, N 314 zu Art. 19 ZGB; a.A. Kaufmann, N 24 zu Art. 421 ZGB

nicht möglich. Der Zweck von Art. 19 Abs. 2 ZGB und der aus ihm abgeleiteten Vorschriften würde vereitelt (10). Dies insbesondere dann, wenn der Rechtsstreit kompliziert und daher die Mitwirkung eines Rechtsanwaltes angezeigt ist. Ein Anwalt wird sich aber nur aufgrund eines Mandates und bei gesichertem Honorar mit der Sache befassen können und wollen. Zu beachten ist nämlich, dass der Anwalt, der sich von einem Minderjährigen bevollmächtigen lässt, ein besonderes Risiko trägt. Er wird zuerst entscheiden müssen, ob sein Klient für die konkrete Sache, in der er an ihn gelangt, urteilsfähig sei. Weicht seine Einschätzung von derjenigen des Gerichtes ab, so wird er sich rasch dem Vorwurfe ausgesetzt sehen, eine aussichtslose Sache geführt zu haben (11). Diese Erschwernisse dürfen den Anwalt aber nicht davon abhalten, Mandate urteilsfähiger Unmündiger anzunehmen und so dem Willen des Gesetzgebers, den Jugendlichen vermehrte Selbständigkeit zu gewähren, zum Durchbruch zu verhelfen. Ebenso wenig dürfen Lehre und Praxis (12) durch generelle Verneinung der Befugnis zum selbständigen Abschluss eines Auftragsverhältnisses durch den urteilsfähigen Unmündigen sowie durch überhöhte Anforderungen an die Diligenz des Anwaltes diesem ein Tätigwerden zugunsten eines urteilsfähigen Kindes praktisch verunmöglichen.

-
- (10) Das Kind soll einesteils zur Selbständigkeit erzogen werden, andernteils soll seine Menschenwürde geachtet werden.
- (11) Bucher, N 315 zu Art. 19 ZGB
- (12) Kaufmann, N 24 zu Art. 421 ZGB; Hegnauer, N 75-77 zu aArt. 279 ZGB; Jäggi, 155a, Anm. 25. Auf veröffentlichte Praxis zu dieser Frage ist der Verfasser nicht gestossen, hingegen ist bei der I. Zivilkammer des zürcherischen Obergerichtes ein ca. 17-jähriger Bursche mit einem selbst engagierten Anwalt zur Anhörung betr. Kinderzuteilung erschienen. Der Anwalt und der Bursche wurden angehört.

§ 7 DIE STREITGENOSSENSCHAFT (1)

I. Der Begriff der Streitgenossenschaft

Eine Streitgenossenschaft entsteht, wenn auf der Kläger- und/oder Beklagten Seite mehrerer Personen als (Haupt)-Parteien teilnehmen. Man unterscheidet zwischen einfacher und notwendiger Streitgenossenschaft.

II. Das Kind in der einfachen Streitgenossenschaft (2)

Die einfache Streitgenossenschaft wird auch als subjektive Klagenhäufung bezeichnet, weil mehrerer Klagen verschiedener Kläger oder gegen verschiedene Beklagte, die an sich getrennt erhoben werden könnten, aus Zweckmässigkeitsgründen in einem Prozess vereinigt werden (3). Voraussetzung hiezu ist allerdings, dass ein gemeinsamer Gerichtsstand vorhanden ist, dass zwischen den Klagen ein Zusammenhang besteht und dass die gleiche Verfahrensart vorgesehen ist.

Da jeder Streitgenosse den Prozess unabhängig vom anderen führt und Prozesshandlungen des einen weder für noch gegen den anderen Wirkungen zeitigen (4), ergeben sich für das Kind gegenüber einem normalen Prozess keine speziellen Probleme; gleichviel, ob es selbständig handelt oder ob es vertreten wird.

III. Das Kind in der notwendigen Streitgenossenschaft (5)

Die notwendige Streitgenossenschaft ist eine vom materiellen Recht diktierte Gemeinschaft, die immer dann zustande kommt, wenn aufgrund des speziellen Rechtsverhältnisses gegenüber mehreren Personen im gleichen Sinne

-
- (1) §§ 39-42 ZPO; Jürg Geiger, Streitgenossenschaft und Nebenintervention, Diss. Zürich 1969; Guldener, 296 ff. Walder, 143 ff.
 - (2) Beispiele bei Sträuli/Messmer, N 3 zu § 40 ZPO
 - (3) Guldener, 301; Walder, 146
 - (4) Guldener, 304
 - (5) § 39 ZPO

entschieden werden muss. Dies ist der Fall bei Gesamthandschaften, wie Erbengemeinschaften, einfachen Gesellschaften, Kollektivgesellschaften und Gemeinderschaften. Ebenso bestehen bei vielen Gestaltungsklagen, vor allem im Familienrecht, auf Beklagtenseite notwendige Streitgenossenschaften (6).

Anders als bei der einfachen Streitgenossenschaft müssen hier alle am konkreten Rechtsverhältnis beteiligten Personen in den Prozess einbezogen werden, sonst fehlt es an der Aktiv- bzw. Passivlegitimation. Ebenso können nur übereinstimmende Prozesshandlungen vorgenommen werden.

Wird ein Streitgenosse säumig, so wirken die von den anderen rechtzeitig vorgenommenen Prozesshandlungen, ausgenommen Rechtsmittelerklärungen, auch für ihn (7). In der Praxis werden notwendige Streitgenossen regelmässig einen gemeinsamen Rechtsvertreter ernennen (8).

Notwendig zur Durchsetzung eines solchen Anspruches ist sodann ein gemeinsamer Gerichtsstand, der meist vom Bundesprivatrecht bezeichnet wird (9).

Ist nun ein Kind an einem solchen Rechtsverhältnis beteiligt, so wird es regelmässig von seinem zumeist ebenfalls mit gleichgelagerten Interessen beteiligten gesetzlichen Vertreter vertreten (10). Bei Interessengegensätzen ist dem Kind ein Beistand zu ernennen. Ist das Kind urteilsfähig und die streitige Sache einer selbständigen Geltendmachung durch das Kind grundsätzlich zugänglich, so kann es den Prozess selber führen, sich vom gesetzlichen Vertreter bzw. dessen Rechtsvertreter vertreten lassen oder einen eigenen Vertreter ernennen.

-
- (6) Beispiele in N 10 sogleich und Sträuli/Messmer, N 6-10 zu § 39 ZPO; Walder, 149 f.
- (7) § 39 Abs. 2 ZPO
- (8) In Art. 602 Abs. 3 ZGB ist das Recht eines jeden Miterben, die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters zu verlangen, vorgesehen.
- (9) Sträuli/Messmer, N 11 zu § 39 ZPO
- (10) Z.B. Anfechtung der Vermutung der Vaterschaft durch den Ehemann gegen das Kind und die Mutter (Art. 256 Abs. 2 ZGB); Anfechtung der Anerkennung der Vaterschaft gegen den Anerkennenden und das Kind (Art. 260a Abs. 3 ZGB)

§ 8 INTERVENTION UND STREITVERKÜNDUNG

I. Allgemeines

Ist der Ausgang eines Prozesses für einen Dritten von Bedeutung, weil eigene Rechte oder Pflichten davon abhängen, so bestehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten der Einflussnahme:

Glaubt der Dritte, er habe am Streitgegenstand ein besseres, beide Parteien ausschliessendes Recht, so bietet sich ihm die Möglichkeit einer Hauptintervention an.

Geht sein Interesse nur dahin, dass eine bestimmte Partei obsiege, so kann er dem Prozess als Nebenintervenient beitreten und sie unterstützen.

Ebenfalls die Stellung eines Nebenintervenienten nimmt derjenige ein, dem der Streit verkündet wurde, d.h. der von einer der Prozessparteien zu Hilfe gerufen wird, weil diese Partei im Falle ihres Unterliegens beabsichtigt, den Streitberufenen in einem zweiten Prozess zu belangen. Sinn des Beitritts ist demnach, in einem allfälligen Zweitprozess ein dem Erstprozess widersprechendes Urteil oder gar den Zweitprozess selber zu vermeiden (1).

Sowohl für die Haupt- als auch für die beiden Formen der Nebenintervention bestimmt sich die Partei-, Prozess- und Postulationsfähigkeit nach den allgemeinen Grundsätzen. Diesbezüglich ergeben sich keine Besonderheiten.

Zu beachten ist indessen, dass solche Prozesse, weil ihnen in der Regel ein zweiter folgt, hohe Anforderungen an die Urteilsfähigkeit der Beteiligten stellen

(1) Guldener, 306

und, selbst wenn diese als gegeben erachtet wird, oft Unterstützung durch einen rechtskundigen Vertreter erheischen. Dies bedeutet für Kinder, dass ihnen kaum je die Urteilsfähigkeit für eine selbständige Intervention zugesprochen werden kann.

II. Die Hauptintervention (2)

Für die uns interessierende Gruppe der urteilsfähigen Unmündigen (die Urteilsunfähigen müssen ohnehin immer von ihren gesetzlichen Vertretern vertreten werden) ergeben sich keine Besonderheiten. Die Hauptintervention kommt in der Praxis ohnehin kaum je vor und ist in vielen Prozessordnungen nicht einmal vorgesehen (3).

III. Die Nebenintervention (4)

Sie setzt aktives, sozusagen präventives Handeln voraus, indem der Nebenintervenient von sich aus dem Prozess beitrifft. Hiezu wird sich ein urteilsfähiger Unmündiger kaum je veranlasst sehen. Er kann gegebenenfalls den Regressprozess abwarten. Denkbar ist immerhin der Fall, in dem zwei Jugendliche gemeinsam einen Schaden anrichten und der eine von ihnen aus Art. 41 OR belangt wird. Hier mag eine Nebenintervention des nicht belangten Jugendlichen angezeigt sein. Allgemein sind aber bei der Nebenintervention für Jugendliche keine Besonderheiten ersichtlich.

-
- (2) N. Kirsch, Die Hauptintervention ..., Diss. Zürich 1934; Guldener, 315 f.; Walder, 153 f.; § 43 ZPO
 - (3) Z.B. in Bern, Basel-Stadt und Solothurn
 - (4) §§ 44 und 45 ZPO; Guldener, 306 ff.; Walder, 157 ff.

IV. Die Streitverkündung (5)

In Bezug auf die Streitverkündung sind für die hier ausschliesslich interessierenden urteilsunfähigen und urteilsfähigen Kinder keine Besonderheiten ersichtlich. Im übrigen sind Prozesse, in denen die Frage der Streitverkündung aktuell wird, vielfach sachlich kompliziert, so dass die hiefür nötige Urteilsfähigkeit den Unmündigen ohnehin regelmässig abgeht.

-
- (5) Das Institut an sich ist hier nicht zu behandeln; vgl. hiefür §§ 46 und 47 ZPO; H. Vogel, Die Streitverkündung im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1922; Guldener, 309; derselbe, in ZSR NF 68, 235 (Die materiellrechtlichen Wirkungen der Streitverkündung); Sträuli/Messmer, Kommentierung zu den §§ 46 und 47 ZPO; Walder, 165 ff.

§ 9 DER PARTEIWECHSEL (1)

I. Der eigentliche Parteiwechsel

Für den eigentlichen Parteiwechsel, hervorgerufen durch Veräusserung des Prozessgegenstandes während des Prozesses oder durch Rechtsnachfolge, ergeben sich weder beim vertretenen noch beim selbständig handelnden Kind Besonderheiten. Allfällige sich für das Kind schädlich auswirkende Veräusserungen sind mit den Mitteln des Kindesschutzes zu ahnden.

II. Das Kind erreicht im Laufe des Prozesses die Urteilsfähigkeit bzw. die Mündigkeit

Diese Tatbestände sind vom Parteiwechsel zu unterscheiden, gehören aber trotzdem in den weiteren Zusammenhang des Parteiwechsels. Wesentlich ist, dass das Kind hierbei bereits Partei ist, die Aenderung betrifft eine neu entstandene Fähigkeit des Kindes.

1. Es erlangt die Urteilsfähigkeit

Wenn ein urteilsunfähiges Kind im Laufe des Prozesses die Urteilsfähigkeit bezüglich der im Streit liegenden Sache erlangt und aufgrund der Natur des Prozesses diesen an sich selber führen könnte, so stellt sich die Frage des weiteren Vorgehens.

Da es eine förmliche Urteilsfähigkeitserklärung nicht gibt, wird es kaum jemandem einfallen, während eines hängigen Verfahrens abzuklären, ob der gesetzlich vertretene Unmündige mittlerweile die Sache selbst führen könnte.

Am ehesten denkbar ist, dass der vertretene Unmündige mit der Prozessführung seines gesetzlichen Vertreters nicht einverstanden ist und sich mit der Behauptung, er sei mittlerweile für die konkrete Sache urteils-

fähig geworden, aktiv in den Prozess einschalten will. Ein solches Begehren kann nicht ohne weiteres von der Hand gewiesen werden. Es ist darauf einzutreten. Eine andere Lösung würde zeigen, dass die vom Gesetzgeber gewollte, vermehrte Emanzipation der Heranwachsenden missachtet wird.

2. Es erreicht die Mündigkeit

Eindeutiger liegen die Verhältnisse, wenn der Unmündige die Mündigkeit im Laufe des Prozesses erreicht. Hier besteht eine formale, klar abgrenzbare Linie. Die Vertretung fällt dahin, wenn der mündig Gewordene dies verlangt. Er kann den Prozess selbst weiterführen oder einen selbstgewählten Vertreter damit beauftragen. Es muss ihm auch freistehen, den von seinem Vertreter angehobenen Prozess zu beenden. Allfällige Schadenersatzbegehren gegen den gesetzlichen Vertreter wegen mutwilliger oder anderweitig ungerechtfertigter Prozessführung sind nach den Grundsätzen der elterlichen Gewalt bzw. des Vormundschaftsrechtes zu behandeln.

In aller Regel wird sich die bisherige Vertretung jedoch stillschweigend fortsetzen bis zum Prozessende. Ein Parteiwechsel im eigentlichen Sinne ist auch hier nicht erforderlich, da der gesetzliche Vertreter ja im Namen des Vertretenen prozessiert und der Vertretene Partei ist.

§ 10 DIE ANWENDUNG DER ALLGEMEINEN VERFAHRENSGRUNDSÄTZE AUF KINDER

I. Fragestellung

Es kann hier nicht um die Darstellung der einzelnen Grundsätze gehen, hiefür ist auf die allgemeine Literatur zu verweisen (1). Die Fragestellung lautet vielmehr: Was ist bei der Anwendung der allgemeinen Verfahrensgrundsätze zu beachten, wenn Kinder als Parteien beteiligt sind?

II. Die Grundsätze im einzelnen

1. Verhalten im Prozess

Ausser Zweifel steht, dass der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben auch für Kinder uneingeschränkt gilt. Bei der Ahndung böswilliger oder mutwilliger Prozessführung ist bei den dem Jugendstrafrecht unterliegenden, selbständig handelnden, urteilsfähigen Unmündigen darauf zu achten, dass Sanktionen gemäss jenen Vorschriften ausgefällt werden (2).

2. Förderung der Prozess erledigung

Auch dieser Grundsatz bietet an sich keine Probleme. Für Kinder ist es besonders wichtig, dass die Prozesse, an denen sie beteiligt sind, rasch erledigt werden, denn für sie bedeutet die Verwicklung in

(1) §§50-63 ZPO; Sträuli/Messmer, 89-137; Guldener 147-229; Walder, 187-235

(2) Art. 82 ff. StGB

eine gerichtlich zu erledigende Angelegenheit in besonderem Masse eine Belastung. Für familienrechtliche Prozesse, in denen Kinder vielfach direkt beteiligt sind, schreibt der Gesetzgeber dem Richter explizite vor, für besonders beförderliche Prozesserledigung besorgt zu sein (3).

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob ein Prozess eingestellt werden dürfe, um die Mündigkeit einer bisher vertretenen Partei abzuwarten.

Angesichts der obenerwähnten Gesetzesvorschrift kann das nur bei nicht familienrechtlichen Streitigkeiten in Frage kommen und nur dann, wenn wenige Monate zur Mündigkeit fehlen. Selbst in einem solchen Falle wird es aber kaum je nötig sein, denn der gesetzliche Vertreter hat die Möglichkeit, den urteilsfähigen Unmündigen mit seiner Zustimmung selber prozessieren zu lassen(4). Allenfalls ist zu prüfen, ob es sich nicht um einen Anspruch handelt, den der urteilsfähige Unmündige selber geltend machen kann. Des weiteren könnten - unter Beachtung der Verjährungs- und Verwirkungsfristen - mit der Klageeinleitung zugewartet werden bis der Betroffene mündig geworden ist.

3. Die Verhandlungsmaxime und ihre Einschränkungen

Entgegen dem kategorischen Wortlaut des Gesetzes, wonach die Parteien dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreites darzulegen haben und das Gericht seinem Verfahren nur behauptete Tatsachen zugrunde legt, ist dieser Grundsatz in der Praxis in mehrfacher Hinsicht gemildert.

(3) § 53 ZPO

(4) Bucher, N 152 zu Art. 19 ZGB

a.) Die richterliche Fragepflicht

Die wesentlichste Einschränkung und damit Möglichkeit einer unbeholfenen Partei, besonders einem prozessführenden Kinde, zu seinem Recht zu verhelfen, ergibt sich aus der richterlichen Fragepflicht (5). Diese ist auszuüben, wenn die Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt bleiben.

Eine volle Ausschöpfung des dem Richter zustehenden Ermessens (6) ist besonders bei Beteiligung unerfahrener, aber trotzdem urteilsfähiger Kinder angebracht. Auch bei gesetzlich vertretenen Kindern soll die schlechte Prozessführung des Vertreters nicht zulasten des Kindes ausschlagen. Kann der Mangel trotz Ausschöpfung des Ermessensspielraumes durch richterliche Befragung nicht behoben werden, so ist dem Vertreter gemäss § 29 ZPO aufzugeben, seinerseits einen Vertreter zu bestellen.

Gesetz und Praxis unterscheiden grundsätzlich nicht, ob eine Partei rechtskundig vertreten oder selbst rechtskundig ist oder nicht (7). Für alle soll derselbe Massstab gelten. Diese Betrachtungsweise erscheint wirklichkeitsfremd und widerspricht dem Leitbild des zürcherischen Richters, der dem geistig schwächeren und unbeholfeneren Teil zu helfen hat (8) und der danach

(5) § 55 ZPO; Guldener, 165 f.; Walder, 193 ff.

(6) Walder, 195; Sträuli/Messmer, 5-9 zu § 55 ZPO

(7) Sträuli/Messmer, 5 zu § 55 ZPO und dort zit. Entscheide.

(8) Weisung, 120; Sträuli/Messmer, 6 a.E. zu § 55 ZPO. Was dort für die Scheidung gesagt wird, gilt auch für beteiligte Kinder und deren unbeholfene Vertreter.

trachten muss, ein der wirklichen Rechtslage entsprechendes Urteil zu fällen (9) (10).

b.) Uebrige Einschränkungen

Die Folgen der Verhandlungsmaxime können auch dadurch gemildert werden, dass der Richter unter Umständen von Amtes wegen Beweise abnehmen kann (11). Ferner dürfen allgemein bekannte oder vom Gericht amtlich wahrgenommene Tatsachen ebenfalls berücksichtigt werden.

Die wichtigste und nachfolgend speziell zu behandelnde Einschränkung ergibt sich aus der Offizialmaxime (12).

4. Die Offizialmaxime (13)

Sie hat für Kinder eine spezielle Bedeutung, weil die meisten Prozesse, in denen Kinder als Parteien auftreten, Statusprozesse sind (14) und bei ihnen kraft Bundesrechts die Offizialmaxime gilt (15) (16).

(9) Guldener, 165

(10) Speziell hinzuweisen ist auf die treffende Kritik an der herrschenden Auffassung von alt Oberrichter Dr. Sieber nach ZR 58 Nr. 89

(11) § 142 Abs. 2 ZPO

(12) Sträuli/Messmer, 18 zu § 54 ZPO

(13) § 54 Abs. 3 ZPO; Walder, Die Offizialmaxime, Zürich 1973; Guldener, 168 ff.

(14) Vgl. § 196-203 ZPO; Walder, 204

(15) Dies zur Wahrung öffentlicher Interessen, aber vor allem auch, um das Kind vor den Folgen unzulänglicher Prozessführung des Vertreters zu schützen; vgl. Hegnauer, Kindesrecht, 89.

(16) Art. 254 ZGB; Sträuli/Messmer, 26 zu § 196 ZPO

In einem weiteren wichtigen Bereich selbständigen prozessualen Handelns urteilsfähiger Unmündiger, nämlich bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis, ist aus sozialen Ueberlegungen heraus bis zu einem Streitwert von Fr. 5'000.-- ebenfalls die Offizialmaxime vorgesehen (17).

Die Kantone können in ihren Prozessrechten den Anwendungsbereich der Offizialmaxime ausdehnen (18). Denkbar wäre daher generell die Offizialmaxime vorzuschreiben, wenn Kinder - seien sie vertreten oder nicht - Parteien in einem Prozess sind. Soweit zu gehen erscheint mir aber nicht angebracht, weil zum einen die wichtigsten und folgenschwersten Prozesse bereits der Offizialmaxime unterliegen und zum anderen durch die Ausschöpfung der dem Richter zum Schutz der schwächeren Partei zustehenden voererwähnten Mittel bereits bei der bestehenden Regelung Gewähr für einen Prozess mit gleichen Ellen geboten ist.

(17) Art. 343 Abs. 4 OR; Walder, 205

(18) Guldener, 171, N 12

§ 11 DIE PROZESSKOSTEN

I. Gerichtskosten und Prozessentschädigungen (1)

1. Allgemeines

Es geht hier nicht um die Darstellung der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen an sich, sondern es wird lediglich geprüft, ob sich bei Beteiligung eines Kindes Abweichungen von der üblichen Regelung aufdrängen.

Zwei Dinge sind dabei zu bedenken:

Erstens sind die Kinder in der Regel finanzschwach oder gar völlig mittellos, und zweitens treten sie, bzw. ihre Vertreter, vielfach zur Wahrung höchstpersönlicher Rechte auf, die nicht oder nur bedingt geldwert sind.

2. Gerichtskosten

Folge der Mittellosigkeit ist, dass prozessierenden Kindern meist die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren ist und die Kosten bei deren Unterliegen oder nur teilweisem Obsiegen einstweilen die Gerichtskasse belasten. Dies ändert jedoch nichts an der grundsätzlichen Möglichkeit und Berechtigung, Kinder, die über entsprechende Mittel verfügen, mit Kosten zu belasten (2) oder die Kosten dann einzufordern, wenn sie dazu in der Lage sind. Bei der Rückforderung einstweilen auf die Gerichtskasse genommener Kosten ist aber gegenüber Kindern grosse

(1) Zum Allgemeinen: Guldener, 405 ff. und dort zit. Literatur; Walder, 37 ff.

(2) Vgl. hiezu SJZ 44 (1948) S. 213 Nr. 66

Zurückhaltung zu üben, besonders dann, wenn der Prozess schon Jahre zurückliegt.

In Prozessen, die die Wahrung höchstpersönlicher Rechte zum Gegenstand haben, wird sich zudem häufig Gelegenheit ergeben, von der üblichen Regel (3) abzuweichen, weil sich die unterliegende, minderjährige Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah (4). Auch in den übrigen Prozessen, für die unentgeltliche Prozessführung gewährt wurde, kann man sich fragen, ob der urteilsfähige Jugendliche oder sein Vertreter sich durch die damit verbundene Prüfung der Prozessaussichten nicht auf Veranlassung zur Prozessführung in guten Treuen berufen kann.

3. Prozessentschädigungen

Für obsiegende Prozessgegner eines Kindes besteht ein erhebliches Risiko, die zugesprochene Prozessentschädigung - von deren Bezahlung die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung nicht befreit (5) - nicht zu erhalten. Dieses Risiko muss aber in Kauf genommen werden und besteht auch bei mündigen Prozessparteien. Das Interesse der mittellosen Partei, zur Durchsetzung ihrer - wenn auch nur vermeintlichen - Rechte einen Prozess anstrengen zu können, ist als höher einzustufen als ein möglicher Verlust für den obsiegenden Prozessgegner (6). Keinesfalls haftet der Staat der obsiegenden Partei für ihren Ausfall.

(3) Kostenaufgabe nach Obsiegen und Unterliegen

(4) § 64 Abs. 3 ZPO

(5) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 85 ZPO

(6) Hansjörg Stutzer, Die Kautionspflicht im ordentlichen zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1980, 136 f.

II. Kautionen (7)

Abgesehen davon, dass bei Kindern kaum je ein Kautionsgrund gegeben sein wird (8), ist, wie bereits erwähnt, zu beachten, dass sie häufig die Bedingungen für die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung erfüllen und somit ohnehin von der Leistung einer Prozesskaution befreit sind (9). Eine andere Art der Befreiung ist nicht möglich. Hingegen können für die Zahlung einer auferlegten Kautionsfristenstreckungen gewährt und Ratenzahlung bewilligt werden (10).

Wird ein Kind ausnahmsweise kautionspflichtig, so ergeben sich keine Besonderheiten.

III. Barvorschüsse (11)

Diese sind von Kindern, ob gesetzlich vertreten oder selbst handelnd, ebenso zu leisten, wie von allen anderen Prozessparteien, es sei denn, sie hätten unentgeltliche Prozessführung erhalten.

-
- (7) Zur Kautionspflicht allgemein: Diss. Stutzer, vgl. Anm. 6 hievor.
 - (8) Am ehesten kämen Wohnsitz im Ausland (§ 73 Ziff. 1 ZPO), mutmassliche Zahlungsunfähigkeit (§ 73 Ziff. 3 ZPO) und Schulden aus früheren Verfahren (§ 73 Ziff. 4 ZPO) in Frage.
 - (9) § 85 ZPO, Stutzer, 136 ff.
 - (10) Stutzer, 127 f.
 - (11) Walder, 380

§ 12 UNENTGELTLICHE PROZESSFÜHRUNG UND UNENTGELTLICHER

RECHTSBEISTAND (1)

I. Allgemeines

Die unentgeltliche Prozessführung ist eine Fürsorgeleistung, auf die jede natürliche Person (2), die bedürftig ist und deren Sache als nicht aussichtslos erscheint, aus rechtsstaatlichen Ueberlegungen Anspruch erheben kann. Niemand soll seiner Rechte verlustig gehen, nur weil ihm die Mittel zu deren Durchsetzung fehlen. Ein minimaler Anspruch auf Befreiung von einer Vorschusspflicht und auf Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes fliesst nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichtes (3) bereits aus Art. 4 der Bundesverfassung (4). Die meisten kantonalen Zivilprozessordnungen sehen aber einen erweiterten Anspruch vor (5). Dieser besteht

-
- (1) Ch. Guggenheim, Die unentgeltliche Verbeiständung in den kantonalen Zivilprozessrechten, Diss. Zürich 1944; R. Kehl, Die zürcherische Praxis betreffend unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Verbeiständung, Zürich 1957; Guldener, 410 f.; Walder, 383 ff.
- (2) Ob Schweizer oder Ausländer, vgl. Sträuli/Messmer, N 2 zu § 84 ZPO. Für Ausländer in der Schweiz (nicht aber für Schweizerbürger mit Wohnsitz im Ausland, die in der Schweiz einen Prozess anheben wollen) brachte die Haager Uebereinkunft betreffend Zivilprozessrecht vom 1. März 1954 (AS 1957, S. 467 ff.) Art. 20 ff. dem Ausländer eine Gleichstellung mit dem Inländer. Juristische Personen können nach schweizerischer Rechtsauffassung keinen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung und unentgeltlichen Rechtsbeistand erheben (vgl. R. Ottomann, Die Aktiengesellschaft als Partei im schweizerischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1976, 55 ff.)
- (3) BGE 85 I 3; 89 I 2; 98 Ia 341 f.; 99 Ia 439
- (4) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 84 ZPO
- (5) Z.B. ZH §§ 84-92 ZPO; BE §§ 77 ff. ZPO; TG §§ 103 ff. ZPO

in der Regel darin, dass der Berechtigte von der Pflicht zur Bevorschussung der Gerichtskosten und der Leistung von Kautionen befreit wird. Ausserdem hat er die Gerichtskosten vorläufig nicht zu tragen. Dieses Entgegenkommen gilt für alle zulässigen Prozesshandlungen auf allen Gebieten der Zivilrechtspflege, insbesondere auch für das Rechtsmittelverfahren (6).

Bei der Abklärung, ob die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und/oder der unentgeltlichen Verbeiständung gegeben sind, ist in zeitlicher Hinsicht auf die Verhältnisse zur Zeit der Entscheidung über das Gesuch abzustellen (7). Aendern sie sich im Laufe des Prozesses, so kann die Bewilligung entzogen oder neu erteilt werden (8).

II. Die unentgeltliche Prozessführung

1. Voraussetzungen

a) Mittellosigkeit

Die unentgeltliche Prozessführung wird einer Partei auf deren Gesuch hin bewilligt, wenn sie nicht in der Lage ist, neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Gerichtskosten aufzubringen.

Wann ist diese Voraussetzung in bezug auf prozessierende Kinder gegeben ?

Sind die Verhältnisse des Kindes allein zu berücksichtigen oder gelten die Verhältnisse ihrer

(6) Eine Ausnahme bilden SchKG-Sachen, vgl. Sträuli/Messmer, N 2 zu § 84 ZPO und dort zit. Entscheide

(7) BGE 99 Ia 442 f.

(8) § 91 ZPO

gesetzlichen Vertreter als massgebend ?

Mittellosigkeit (9) (10) darf grundsätzlich erst dann angenommen werden, wenn sämtliche eigenen Möglichkeiten, die für den Prozess benötigten Mittel aufzubringen, erschöpft sind (11). Zu diesen Möglichkeiten gehört bei Kindern neben deren Einkommen und Vermögen vor allem die Inanspruchnahme der elterlichen Unterhalts- und Beistandspflicht (12). Die Eltern müssen dafür sorgen, dass Prozesse, die im Interesse des Kindes liegen, durchgeführt werden. Darüber hinaus haben sie dem Kinde im Bereiche der diesem von Art. 19 Abs. 2 ZGB eingeräumten selbständigen Befugnisse die eigene Prozessführung zu ermöglichen. Dabei ist es allerdings fraglich, wann die Eltern ihren Beistand verweigern können, weil der Prozess als sachlich ungerechtfertigt erscheint (13). Im Zweifel ist jedoch zugunsten des Kindes zu entscheiden.

-
- (9) Mittellosigkeit ist ein Rechtsbegriff, dessen Vorhandensein das Bundesgericht frei überprüft. Vgl. BGE 104 Ia 323 = Pra 68 (1979)Nr. 48; BGE 99 Ia 441 oben und dortige Verweise.
- (10) Dieser Begriff ist insbesondere nicht identisch mit jenem des betriebsrechtlichen Existenzminimums, vgl. BGE 106 Ia 82
- (11) Sträuli/Messmer, N 3 zu § 84 ZPO
- (12) Art. 272 und 276 ZGB. Die Bezahlung von Prozesskosten gehört nach überwiegender Meinung nicht zur Unterhaltspflicht, sondern zur Beistandspflicht. Vgl. Hegnauer, N 117 zu Art. 272 ZGB und dort zit. Literatur und Rechtsprechung. Troller (SJZ 37 (1940/41) S 167 ff.) postuliert aufgrund der Unterhaltspflicht des Ehemannes gemäss Art. 160 ZGB sogar eine Pflicht des Vaters, dem Kinde - besonders in Statusprozessen - einen Kostenvorschuss (wie der Ehefrau im Scheidungsprozess) zu gewähren.
- (13) BGE 67 I 69; sinngemäss sind die Kriterien der Aussichtslosigkeit anzuwenden, vgl. S. 97

Die Pflicht der Eltern, dem Kinde einen sachlich gerechtfertigten Prozess zu ermöglichen, ging nach der heute überholten Rechtsprechung des Bundesgerichtes derjenigen des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung vor (14). Danach war nicht nur das Einkommen und das Vermögen des Kindes zu berücksichtigen, sondern auch dasjenige seiner Eltern (15). Die unentgeltliche Prozessführung wurde demgemäss erst dann gewährt, wenn die Voraussetzungen sowohl beim Kind als auch bei dessen Eltern vorlagen (16).

In zwei neueren Entscheiden (17) änderte das Bundesgericht nun seine Rechtsprechung dahingehend, dass im Vaterschaftsprozess dem mittellosen Kind die unentgeltliche Prozessführung nicht im Hinblick auf die finanziellen Verhältnisse seiner Mutter verweigert werden dürfe. Insbesondere sei es willkürlich, dem Kinde die unentgeltliche Prozessführung zu verweigern, weil die Eltern aus selbstverschuldeter Armut ausserstande sind, ihm die Prozesskosten zu bezahlen (18). Unstatthaft ist es auch, dem Kinde (wie generell jedem Gesuchsteller) die unentgeltliche Prozessführung zu verweigern, weil es durch eigenes Verschulden ausserstande ist, die Prozess- und Anwaltskosten zu bezahlen (19). Es kommt einzig und allein

(14) BGE 85 I 4 und 67 I 69

(15) Kehl, 13

(16) Guggenheim, 67

(17) BGE 99 Ia 435 = Pra 63 (1974) Nr. 36; BGE 99 Ia 431

(18) BGE 99 Ia 437 ff.

(19) Guggenheim, 76; BGE 104 Ia 31; BGE 99 Ia 442

darauf an, ob die Partei selbst arm ist. Dem Staat ist aber das Recht vorbehalten, am Schluss des Prozesses oder sobald die Voraussetzungen hiezu vorliegen, die ganze oder teilweise Rückerstattung der Auslagen, sei es von der Mutter oder vom zuständigen Gemeinwesen, zu verlangen (20).

Diese Aenderung der Rechtsprechung ist zu begrüssen, ist es doch für das Kind oft schwierig und auch unzumutbar (21), vorerst von den Eltern die für eine Prozessführung benötigten Mittel zu erstreiten. Eine Ausdehnung der neuen Rechtsprechung auf sämtliche von Art. 19 Abs. 2 ZGB erfassten Prozesse erscheint mir angebracht.

b) Die Sache darf nicht aussichtslos sein

Steht die Mittellosigkeit anhand der vorerwähnten Kriterien fest, so hat der Richter zu prüfen, ob der Prozess nicht aussichtslos sei. Aussichtslos (22) ist ein Prozess, wenn er keine ernsthaften Aussichten auf Erfolg hat. Dabei genügt es aber, dass Gewinn- und Verlustaussichten sich ungefähr die Waage halten oder dass jene nur wenig geringer sind als diese (23). Mittel zur Klärung der Prozesschancen sind die Einvernahme des Geschuchstellers über seine Angriffs- und Verteidigungsmittel, allenfalls die Anhörung des Prozessgegners (24).

(20) Die Parallele zur heute vielerorts üblichen Alimentenbevorschussung ist offensichtlich.

(21) Sowohl aus familiären Gründen als auch wegen der Gefahr eines zwischenzeitlichen Rechtsverlustes.

(22) Auch diesen Rechtsbegriff überprüft das Bundesgericht frei; vgl. BGE 98 I 342; 89 I 161; 78 I 1

(23) Sträuli/Messmer, N 5 zu § 84 ZPO

(24) § 84 Abs. 2 ZPO; Sträuli/Messmer, N 7 zu § 84 ZPO

2. Wirkungen

Die Wirkungen der Gewährung unentgeltlicher Prozessführung ist für Kinder genau dieselbe wie bei Erwachsenen. Im Kanton Zürich bewirkt die Zuspreehung der unentgeltlichen Prozessführung, dass die betreffende Partei von der Pflicht zur Zahlung der Gerichtskosten und zur Leistung von Kauttionen und Barvorschüssen befreit ist. Nicht befreit ist sie dagegen von der Pflicht zur Zahlung einer Prozessentschädigung an die Gegenpartei und zu allfälliger Sicherheitsleistung bei vorsorglichen Massnahmen (25).

3. Rechtsmittel

Gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung kann auch vom abgewiesenen Kind Rekurs, eventuell Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden (26).

III. Der unentgeltliche Rechtsbeistand

1. Voraussetzungen

Zunächst sind für die Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes dieselben Voraussetzungen wie zur Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung erforderlich. Ergänzend muss der Gesuchsteller zur gehörigen Führung des Prozesses auf einen Rechtsbeistand angewiesen sein. Es ist auch möglich, einer Partei nur einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, nicht aber die unentgeltliche Prozessführung

(25) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 85 ZPO

(26) § 271 Ziff. 5 ZPO; § 282 Ziff. 1 ZPO

zu bewilligen (27). Kinder, die nicht urteilsfähig sind, bedürfen, wenn ihr Beistand oder gesetzlicher Vertreter juristisch nicht gebildet ist, zumeist eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (28). Ist aber ein vormundschaftlich ernannter Beistand zur Prozessführung befähigt, so ist er von der Vormundschaftsbehörde zu entschädigen und nicht zum unentgeltlichen Rechtsbeistand zu ernennen (29). Auch ein urteilsfähiges Kind, ob gesetzliche vertreten oder selbst prozessierend, wird vielfach, besonders im Bereich der anspruchsvollen Prozesse um höchstpersönliche Rechte, eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes bedürfen. Dies darf jedoch nicht dazu führen, selbständig handelnden Kindern die Urteilsfähigkeit leichthin abzusprechen (30).

2. Wirkungen

Der unentgeltliche Rechtsbeistand handelt grundsätzlich im Auftrag, mit Instruktion und Vollmacht seines Klienten. Ist das Kind urteilsfähig, so kann es die Instruktion selbständig vornehmen, wenn der Prozess auch sachlich im Bereich selbständigen Handelns liegt. Andernfalls ist dies dem gesetzlichen Vertreter bzw. dem Beistand zu überlassen. Dabei ist dem Kind in Analogie zu Art. 409 ZGB ein Anhörungsrecht zu gewähren, zumindest wenn es das 16. Altersjahr vollendet hat. Bezüglich Bestellung, Entlassung und Honorierung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes bestehen keinerlei Besonderheiten (31).

(27) § 87 ZPO

(28) BGE 99 Ia 432

(29) BGE 100 Ia 119 E. 8; Sträuli/Messmer, N 2 zu § 88 ZPO

(30) Vgl. S. 72 f.

(31) Sträuli/Messmer, S. 164 ff.

3. Rechtsmittel

Auch gegen die Verweigerung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes kann das Kind Rekurs, eventuell Nichtigkeitsbeschwerde erheben (32).

(32) § 271 Ziff. 5. ZPO; § 282 Ziff. 1. ZPO

2. KAPITEL: BESONDERHEITEN BEZÜGLICH DER EINZELNEN *****

VERFAHREN *****

§ 13 DAS SÜHN- UND DAS ERKENNTNISVERFAHREN VOR FRIEDENSRICHTER

I. Das Kind im Sühnverfahren (1)

Das Sühnverfahren selber wird durch die Beteiligung eines Unmündigen nicht berührt. Festzuhalten ist indessen, dass dem Friedensrichter in seiner Funktion als Sühnbeamter keine formelle oder materielle Entscheidungsbefugnis zukommt (2). Insbesondere darf er nicht über die Prozessfähigkeit eines selbst auftretenden Kindes entscheiden (3). Dieser Entscheid steht dem erkennenden Richter zu, welcher gemäss § 108 ZPO die Prozessvoraussetzungen zu prüfen hat. Besonders wichtig ist es, dass der Friedensrichter bei seinem Sühnversuch nicht zu Lasten des unerfahrenen Kindes einen unangemessenen Vergleich zulässt. Er hat seine Aufgabe vielmehr darin zu sehen, dem die ersten prozessualen Schritte wagenden Kind nach Kräften behilflich zu sein (4).

II. Das Kind im Erkenntnisverfahren (5)

Der Friedensrichter ist sowohl in seiner vorwiegenden Funktion als Sühnbeamter als auch in derjenigen als erkennender Richter für die Rechtssuchenden als erste Kontaktstelle von grosser Bedeutung. Besonders wichtig ist es daher, wie

-
- (1) Zum Sühnverfahren allgemein: Guldener, 419 ff.; Walder, 381 f.
 - (2) Hauser/Hauser, N 3 zu § 8 aGVG
 - (3) Handbuch für die Friedensrichter des Kantons Zürich, 28
 - (4) Getreu dem in der Weisung, 120, niedergelegten Leitbild des zürcherischen Richters.
 - (5) §§ 192-195 ZPO

er den meist das erste Mal den Rechtsweg beschreitenden urteilsfähigen jungen Menschen begegnet. Da diese in der Regel lediglich über geringe Beträge selbständig verfügen dürfen (Lehrlingslohn), wird er gerade bei ihnen häufig als erkennender Richter amten (6). In dieser Eigenschaft obliegt es ihm, zunächst die Prozessvoraussetzungen zu prüfen, von welchen uns die Prozessfähigkeit am meisten interessiert. Im Handbuch für die Friedensrichter des Kantons Zürich (Stand: 1.3.1981) ist die Prozessfähigkeit der beschränkt Handlungsunfähigen wie folgt umschrieben (7):

"Zur Prozessführung ohne Verbeiständung durch den gesetzlichen Vertreter sind Minderjährige und Entmündigte befugt, wenn die Eltern bzw. die Vormundschaftsbehörde den selbständigen Betrieb eines Berufes oder Gewerbes gestattet haben mit Bezug auf Geschäfte, die zum regelmässigen Betrieb des Berufes oder Gewerbes gehören (Art. 19 Abs. 2, 280 Abs. 2, 410 und 412 ZGB)."

Diese Umschreibung ist unvollständig und entspricht der heutigen Rechtslage nicht mehr. Sie war bereits vor Inkrafttreten des neuen Kindesrechtes lückenhaft. Weder der Fall der Einzelermächtigung durch den gesetzlichen Vertreter noch die wichtige Kompetenz zur selbständigen Verfügung über den eigenen Arbeits-erwerb (8) ist erwähnt. Dies ist besonders zu bedauern, weil gerade die Friedensrichter als eigentliche "Frontkämpfer" der Justiz einen wesentlichen

(6) Im Rahmen seiner gegenwärtig bei Fr. 200.-- Streitwert liegenden Spruchkompetenz (§ 6 Abs. 1 GVG).

(7) 17

(8) Botschaft, 90 f.; vgl. auch vorn. S. 58 ff.

Beitrag an die vom Bundesgesetzgeber in Anlehnung an die gewandelten Anschauungen gewünschte vermehrte Selbständigkeit der jungen Mitbürger leisten können und leisten müssen.

Für das Erkenntnisverfahren gilt in besonderem Masse, dass gesunder Menschenverstand vor überspitztem Formalismus kommt und dass der Friedensrichter der unbeholfeneren Partei, welche in der Regel der unerfahrene Jugendliche sein wird, hilft, sein Recht zu finden. Das einfache, meist mündliche Verfahren ist dazu geradezu prädestiniert.

§ 14 DAS SÄUMNISVERFAHREN

I. Allgemeines

Das Säumnisverfahren greift dann Platz, wenn eine Partei eine Frist oder eine Tagfahrt nicht eingehalten hat (1). Die Säumnisfolgen sind abhängig von der Art des Verfahrens und der Parteistellung des Säumigen (2). Unter dem beschränkten Gesichtswinkel, der dieser Untersuchung zugrunde liegt, wird nur geprüft, ob sich bei Beteiligung eines Kindes als Partei Abweichungen vom ordentlichen Säumnisverfahren bzw. von dessen Folgen aufdrängen. Dabei behandeln wir nur die Säumnis im Hauptverfahren (3). Nicht Gegenstand der Darstellung bilden hingegen die Säumnisfolgen (4).

II. Die Säumnis beim vertretenen Kind

Wird das vertretene Kind durch Verschulden seines Vertreters säumig, so trifft diesen die volle Verantwortung für die Folgen. In der Praxis wird vorerst ein Wiederherstellungsgesuch (5) gestellt werden. Mit Rücksicht auf die spezielle Situation eines handlungsunfähigen Kindes wird das Gericht, das sich mit einem solchen Gesuch befasst, bei der Zurechnung eines groben Verschuldens des Vertreters Zurückhaltung üben. Dies vor allem dann, wenn sich ein Rückgriff des

-
- (1) Guldener, 268 ff.; Sträuli/Messmer, S. 222 ff.; Walder, 393 ff.
 - (2) Sonderregelungen bestehen für die Säumnis im Sühnverfahren, summarischen Verfahren, Beweisverfahren, Berufungsverfahren sowie für Zeugen und Sachverständige.
 - (3) §§ 129-132 ZPO
 - (4) Eingehend: J. Gahler. Die Versäumnis der Parteien ... Diss. Zürich 1934; M. Vassalli. Die Unterlassung von Prozesshandlungen durch die Parteien im zürcherischen Zivilprozessrecht. Diss. Zürich 1963
 - (5) § 199 f. GVG

Kindes auf den fehlbaren Vertreter als nicht erfolgversprechend oder als aus familiären Gründen inopportun verbietet.

Muss trotz Berücksichtigung vorstehender Gedanken ein Wiederherstellungsgesuch abgelehnt werden, so ist dem Kind - falls tatsächlich ein Schaden eingetreten ist - von der zuständigen Vormundschaftsbehörde ein spezieller Beistand zu dessen Geltendmachung zu ernennen. Unter Umständen kann das Kind in einem solchen Falle auch von seinem Anzeigerecht bei der Vormundschaftsbehörde Gebrauch machen (6).

Wird kein Wiederherstellungsgesuch gestellt, so treten die ordentlichen Säumnisfolgen ein. Für einen in einem solchen Falle eintretenden Schaden gilt das bereits ausgeführte.

III. Die Säumnis beim selbständig handelnden Kind

Bedient sich das prozessfähige Kind eines Rechtsvertreters, so kann es die Folgen eines Versäumnisses bzw. eines abgelehnten Wiederherstellungsgesuches dem Vertreter anlasten (7). Die bei Eltern oder (nicht professionellen) Vormündern auf seiten des entscheidenden Gerichtes angebrachten Rücksichten spielen diesfalls keine Rolle.

Führt das prozessfähige Kind den Prozess selbständig, so fragt sich, ob bei ihm die gleich strengen Massstäbe angewendet werden sollen, wie bei Mündigen.

(6) Zürcherisches Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, § 60 Abs. 2; Hegnauer, N 236 zu aArt. 283 ZGB

(7) Wobei aber dem Anwalt eine Exkulpationsmöglichkeit für Fehler seiner Hilfspersonen zusteht; vgl. Weisung, 227

Dafür spricht der Gedanke, dass ja gerade aufgrund der vorhandenen, derjenigen eines Erwachsenen ebenbürtigen, jedenfalls aber für die konkrete streitige Angelegenheit ausreichenden Urteilsfähigkeit dem Kinde erlaubt wurde, den Prozess selbständig zu führen. Dieses Zugeständnis betrifft nicht nur die Rechte, sondern auch die Pflichten einer Partei.

Gegen diese Ansicht lässt sich anführen, dass die Prozessfähigkeit der Kinder eben eine sachlich eingeschränkte ist, die ihnen entweder wegen ihrer Persönlichkeitsnähe oder aus erzieherisch-emanzipatorischen Gründen (wie z.B. bei der Verfügung über den eigenen Arbeitserwerb) gewährt wurde. Gerade weil die selbständige Prozessführung durch Unmündige alsein Schritt zur vollen Eigenverantwortlichkeit und damit als Akt der Erziehung zum wirklich mündigen Staatsbürger betrachtet werden muss, ist auf die besondere Situation Rücksicht zu nehmen. Dem relativ unerfahrenen Jugendlichen, dem Sinn und Wert formaler Elemente noch nicht genügend klar sind, ist bei der Beurteilung einer Säumnis bzw. eines Wiederherstellungsgesuches nach Möglichkeit entgegenzukommen. Freilich ist dieser Rahmen ziemlich eng und vom Gesetz abgesteckt (8), dennoch bietet sich dem Richter genügend Spielraum, im Sinne der Gesetzgeber zu wirken (9).

(8) §§ 129-132 ZPO; §§ 199 und 200 GVG

(9) Für den Bund: Botschaft, 5

Für den Kanton Zürich: Weisung, 120

Die Säumnis eines selbständig prozessierenden Unmündigen kann auch Anlass sein, die Frage der Urteilsfähigkeit nochmals zu überprüfen. Muss sie nach nochmaliger Ueberprüfung verneint werden, so kann kein Säumnisverfahren stattfinden, weil es dann ja an einer Prozessvoraussetzung gebricht (10). Es ist dem gesetzlichen Vertreter des prozessierenden Unmündigen Gelegenheit zu geben, die Vertretung zu übernehmen (11). Bevor aber die Prozessfähigkeit verneint wird, ist dem Säumigen gemäss § 29 Abs. 2 ZPO Gelegenheit zu geben, einen Vertreter zu bestellen.

(10) Sträuli/Messmer, N 2 zu § 129 ZPO

(11) In Analogie zum Vorgehen, wenn ein Urteilsunfähiger eine Klage gemäss § 28 ZPO einreicht; Sträuli/Messmer, N 18 zu §§ 27/28 ZPO

§ 15 DAS BEWEISVERFAHREN

I. Abgrenzung

Im ersten Teil dieser Arbeit werden die Probleme des Kindes als Partei behandelt. Daher finden sich die Ausführungen zum Kind als Zeuge im zweiten Teil. Ebenso werden diejenigen Pflichten, die im Beweisverfahren sowohl Parteien als auch Dritte treffen können dort erwähnt. Es handelt sich um die Pflichten, einen Augenschein zu dulden (1), bei einem Gutachten zur Abklärung der Abstammung eines Kindes mitzuwirken (2) und Urkunden zu edieren (3). Hier zu behandeln bleiben die Parteibefragung und die Beweisaussage.

II. Die Parteibefragung

Genauso wie Kinder als Zeugen in Frage kommen, können sie als Partei - ob vertreten oder selbständig handelnd - persönlich befragt werden. Voraussetzung einer Befragung ist nicht die Prozessfähigkeit, sondern nach § 151 Abs. 1 ZPO muss das Kind bezüglich des Gegenstandes der Befragung lediglich urteilsfähig sein. Ob diese Regelung richtig ist, muss allerdings bezweifelt werden (4). Für die Wiedergabe gemachter Wahrnehmungen ist nicht die Urteilsfähigkeit, als Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln, entscheidend, sondern die Fähigkeit wahrzunehmen, sich zu erinnern und das Wahrgenommene wiederzugeben, d.h. sich verständlich auszudrücken (5).

(1) Vgl. § 27 , S. 156 f.

(2) Vgl. § 28 , S. 158 ff.

(3) Vgl. § 29 , S. 161 f.

(4) Vgl. § 22 , S. 132 sowie BGE 71 II 16, wo das Bundesgericht feststellt, kein Satz des Bundesrechts, auch nicht Art. 18 ZGB, verbiete, dass Aussagen Urteilsunfähiger zum Beweise, insbesondere als Indizien herangezogen werden.

(5) Hauser, Zeugenbeweis, 63 ff.; Rohner, 3

Für die Form der Befragung muss - um Wiederholungen zu vermeiden - auf die Ausführungen zum Kind als Zeuge verwiesen werden (6).

Bezüglich der Bewertung der Aussagen gibt es keine Abweichungen. Aussagen, welche zugunsten der befragten Partei lauten, bilden bei der persönlichen Befragung keinen Beweis (7).

Eine Besonderheit ergibt sich für unter achtzehn Jahre alte Kinder. Die als Disziplinar massnahme neben dem Verweis vorgesehene Ordnungsbusse kann nur bei über fünfzehn Jahre alten Parteien angedroht werden (8).

III. Die Beweisaussage

Grundsätzlich kann auch das Kind zur Beweisaussage angehalten oder auf Antrag zugelassen werden (9). Diesfalls sind die für die Form und die Bewertung der Einvernahme des Kindes als Zeuge beschriebenen Besonderheiten zu beachten (10).

Bei Aussageverweigerung würdigt der Richter das Verhalten des Kindes nach § 148 ZPO, d.h. nach freiem Ermessen. Statt der für falsche Aussagen bei Erwachsenen vorgesehenen Bestrafung mit Zuchthaus bis zu drei Jahren oder mit Gefängnis gemäss Art. 306 StGB sind für Kinder (7 bis 15 Jahre) Disziplinarstrafen gemäss Art. 87 StGB; für Jugendliche (15 bis 18 Jahre) Einschliessung bis zu einem Jahr i.S. von Art. 95 StGB anzudrohen (11). Keinesfalls rechtfertigt es sich jedoch erzieherische Massnahmen i.S. von Art. 84/85 resp. 91/92 StGB anzudrohen.

(6) § 24, S. 144 ff.

(7) § 149 Abs. 3 ZPO

(8) Das Jugendstrafrecht sieht die Busse bei unter 15-Jährigen nicht vor; Art. 84 ff. StGB

(9) H. Winter, Die falsche Beweisaussage der Partei nach Art. 306 StGB, Diss. Zürich 1974, 32

(10) §§ 24 und 25, S. 144 ff.

(11) Hauser, Prozessuale Stellung, 211 N 13

§ 16 DAS SUMMARISCHE VERFAHREN (1)

(INKL. BEFEHLSVERFAHREN)

I. Allgemeines

In Bezug auf das Verfahren drängt sich keine besondere Behandlung der Kinder auf, zumal es einfach gestaltet ist. Das Begehren kann mündlich angebracht werden (2) und es findet eine mündliche Verhandlung statt (3). Dies erlaubt dem Richter, dem am Verfahren selbständig teilnehmenden urteilsfähigen Unmündigen durch Ausübung seiner Fragepflicht behilflich zu sein (4).

II. Die Geschäfte im einzelnen

Ein Blick auf die enumerativ aufgezählten Geschäfte (5), die dem Einzelrichter im summarischen Verfahren zugewiesen sind, zeigt, dass nur wenige davon für einen Unmündigen je praktische Bedeutung erlangen können. Immerhin ist es denkbar, dass folgende Geschäfte für einen Unmündigen Realität werden können:

1. Im_SchKG

- a) Die Zulassung eines nachträglichen Rechtsvorschlages (Art. 77 SchKG).
- b) Die Rechtsöffnung (Art. 80-84 und 278 SchKG).
- c) Die Aufhebung und Einstellung einer Betreibung (Art. 85 SchKG).

(1) Zum summarischen Verfahren allgemein: §§ 204-212 ZPO; Guldener, 584 ff.; Walder, 403 ff.

(2) § 205 ZPO

(3) § 206 ZPO

(4) § 55 ZPO

(5) §§ 213-219 ZPO

2. Im Personenrecht

Die Berichtigung einer Eintragung im Zivilstandsregister (Art. 45 Abs. 1 ZGB), weil es sich m.E. dabei um ein relativ höchstpersönliches Recht handelt.

3. Im Obligationenrecht

- a) Die Hinterlegung und der Verkauf der geschuldeten Sache bei Gläubigerverzug (Art. 92 und 93 OR).
- b) Die Fristansetzung zur Vertragserfüllung (Art. 107 OR).
- c) Der Verkauf übersandter, beanstandeter Ware, die schnell verderbt (Art. 204 OR).

In all den genannten Fällen ist es grundsätzlich möglich, dass ein urteilsfähiger Unmündiger selbständig an den Richter gelangt. Dies ist aber nur dann möglich, wenn das Grundgeschäft im Rahmen seiner beschränkten Handlungs(un)fähigkeit lag oder wenn er es mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters schloss. Im letzten Falle ist im Zweifel für die Anrufung des Richters eine erneute Zustimmung einzuholen. Wenn Gefahr im Verzuge ist, kann der urteilsfähige Unmündige allerdings vorerst aufgrund von § 28 ZPO selber handeln.

III. Das Befehlsverfahren

Das Befehlsverfahren ist zulässig zur Vollstreckung rechtskräftiger gerichtlicher Entscheide, zur schnellen Handhabung klaren Rechts und zur Abwehr eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils (6).

Die Besonderheiten bei der Vollstreckung rechtskräftiger gerichtlicher Entscheide sind - da das Verfahren und die Mittel dort geregelt sind - bei der kantonalrechtlichen Zwangsvollstreckung zu behandeln (7).

Den beiden anderen Anwendungsfällen ist eine gewisse Dringlichkeit eigen. Der zürcherische Gesetzgeber hat für solche Fälle, bezogen auf die uns vor allem interessierenden urteilsfähigen Kinder die Spezialregelung von § 28 ZPO geschaffen.

Danach können urteilsfähige Handlungsunfähige vorläufig selbst das Nötige vorkehren, wenn Gefahr im Verzuge ist. Wenn auch das Befehlsverfahren ein wichtiges potentielles Anwendungsgebiet dieser Vorschrift ist, so greift sie doch darüber hinaus. Im Interesse einer geschlossenen Darstellung sei auf die Ausführungen zu § 28 ZPO verwiesen (8).

In Fällen, bei denen die von § 28 ZPO verlangte unmittelbare Gefahr nicht besteht, kann der urteilsfähige Unmündige ein Befehlsverfahren nur anstrengen, sofern und soweit er nach den in dieser Arbeit entwickelten Kriterien prozessfähig ist.

Richtet sich ein Befehlsverfahren gegen einen selbständig handelnden, urteilsfähigen Unmündigen, so sind die modifizierten Androhungen der kantonalrechtlichen Zwangsvollstreckung anwendbar, wenn er dem Befehl keine Folge leisten sollte (9).

(7) Vgl. S. 124 ff.

(8) Vgl. S. 63 ff.

(9) Vgl. S. 125 f.

Strengt der gesetzliche Vertreter eines Kindes in dessen Namen ein Befehlsverfahren gegen einen Dritten an, so bieten sich keine besonderen Probleme.

Ein gegen ein vom gesetzlichen Vertreter vertretenes Kind gerichtetes Befehlsverfahren wird kaum je vorkommen, weil sich ein solcher Befehl regelmässig an den gesetzlichen Vertreter richten wird (10).

Diese hat alles in seiner Macht stehende zu tun, damit das Kind dem Befehl Folge leistet (11). Es darf aber nicht übersehen werden, dass die Einflussmöglichkeiten des Inhabers der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt de facto mit zunehmendem Alter des Kindes abnehmen. Daher erscheint ein direkter Befehl an das Kind angezeigt, wenn feststeht, dass der Widerstand von ihm selber und nicht vom Inhaber der elterlichen Gewalt kommt. In Zweifelsfällen ist der Befehl an beide zu richten, mit für das Kind modifizierten Sanktionsandrohungen.

In der Praxis entstehen derlei Schwierigkeiten nur deshalb, weil an der Berechtigung, das Besuchsrecht zu erzwingen, festgehalten wird (12).

-
- (10) Bühler/Spühler, N 353 zu Art. 156 ZGB halten das Kind für nicht passivlegitimiert; ebenso Hegnauer, N 82 zu aArt. 273 ZGB. In ZR 34 (1935) Nr. 107 wurde ein direkter Befehl gegen ein urteilsfähiges Kind nicht ausgeschlossen; vgl. auch ZR 31 (1932) Nr. 32, wo ein an zwei unmündige Söhne gerichteter Befehl in Frage stand.
- (11) Es geht vor allem um die im Gefolge von Ehescheidungen auftretenden vielschichtigen Probleme der Durchsetzung des Besuchsrechtes; vgl. Sträuli/Messmer, N 4 und 5 zu § 222 ZPO; Bühler/Spühler, N 346ff. zu Art. 156 ZGB; Guldener, 627, Anm. 61b; Hegnauer, N 81ff. zu aArt. 273 ZG
- (12) Was bei älteren Kindern sinnlos ist und generell gegen den Zweck des Besuchsrechtes verstösst. Der Entwurf zum neuen Kindesrecht sah daher für mehr als 16-jährige Kinder ein Ablehnungsrecht vor. Obwohl diese Bestimmung bei Fachleuten auf positives Echo stiess, wurde sie in der parlamentarischen Beratung gestrichen; vgl. Schnyder, in Berner Tage 1977, 51 f.. A.M. nach wie vor das BGR in BGE 100 II 82, wo einem 14-jährigen Kind das Recht, Besuche zu verweigern, abgesprochen wurde.

§ 17 DAS BESCHLEUNIGTE VERFAHREN

Abgesehen davon, dass die in § 22 GVG aufgezählten Geschäfte, die der Einzelrichter im beschleunigten Verfahren zu behandeln hat, für Kinder kaum je aktuell werden, ergeben sich keine spezifischen Schwierigkeiten. Die im ersten Kapitel behandelten allgemeinen Besonderheiten und Rücksichten sind auch hier zu beachten. Im übrigen muss gelten: Ist die Prozessfähigkeit vorhanden, so stehen dem Unmündigen die entsprechenden Klagen offen.

§ 18 DAS SCHIEDSGERICHTSVERFAHREN

I. Bedeutung

Die Fälle, in denen Unmündige Streitigkeiten vor Schiedsgerichten austragen, werden äusserst selten sein. Bezüglich des Verfahrens sind keine Besonderheiten anzuführen. Zu Bemerkungen Anlass geben lediglich die Frage, ob und wieweit ein Unmündiger selbst oder vertreten Schiedsabreden eingehen könne sowie diejenige, ob ein Unmündiger Schiedsrichterfunktionen innehaben dürfe.

II. Die Fähigkeit zum Abschluss einer Schiedsabrede

Die Schiedsabrede ist nach herrschender schweizerischer Lehre und Rechtsprechung ein Vertrag des Prozessrechts (1). Die Fähigkeit zum Vertragsschluss bemisst sich daher ausschliesslich nach den Vorschriften des Prozessrechts über die Partei- und Prozessfähigkeit (2). Soweit das materielle Recht dem urteilsfähigen Unmündigen die Handlungsfähigkeit zuerkennt und die fraglichen Ansprüche sachlich einer Schiedsabrede zugänglich sind (3), muss ihm der selbständige Abschluss von Schiedsabreden gestattet sein.

Für urteilsunfähige Unmündige wären deren gesetzliche Vertreter aufgrund ihrer umfassenden Vertretungsmacht (4) an sich berechtigt, im

-
- (1) Thomas Rüede / Reimer Hadenfeldt, Schweiz. Schiedsgerichtsrecht, Zürich 1980, 38; Sträuli/Messmer, N 6 zu § 238 ZPO
 - (2) Rüede/Hadenfeldt, 46; Sträuli/Messmer, N 6 a.E. zu § 238 ZPO
 - (3) Rüede/Hadenfeldt, 4 f. und 40 ff.
 - (4) Art. 301 und 304 ZGB für Eltern; Art. 367 und 405 ZGB für Vormünder

Namen ihrer Schützlinge Schiedsabreden zu treffen (5). Ob eine solche aber je als nötige Entscheidung i.S. von Art. 301 ZGB anzusehen ist, und ob sie im wohlverstandenen Interesse des vertretenen Kindes liegt, muss von Fall zu Fall geprüft werden. Der gesetzliche Vertreter hat sich jedenfalls grosser Zurückhaltung zu befleissigen (6).

III. Die Fähigkeit, Schiedsrichter (oder Sekretär) zu sein

§ 244 Abs. 1 ZPO¹ schreibt ausdrücklich vor, dass nur handlungsfähige Personen als Schiedsrichter oder Sekretäre wählbar seien. Das Konkordat (7) bestimmt lediglich, dass bei Handlungsunfähigkeit ein Ablehnungsgrund bestehe (8). In Konkordatskantonen könnte demnach ein urteilsfähiger Unmündiger als Schiedsrichter oder Sekretär eines Schiedsgerichtes amten, wenn er nicht abgelehnt wird.

Trotz dem kategorischen Wortlaut von § 244 Abs. 1 ZPO postulieren Sträuli/Messmer (9) in Anlehnung an die Regelung im Konkordat, dass auch bei Schiedsgerichten, die der zürcherischen Ordnung unterstehen, den Parteien die Freiheit zu lassen sei, die fehlende Handlungsfähigkeit nur als Ablehnungsgrund zu behandeln.

-
- (5) Rüede/Hadenfeldt, 47
 - (6) Nicht zuletzt im Hinblick auf die Kostenfolgen
 - (7) Konkordat vom 27. März 1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit, AS 1969, 1093 ff.; SR 279
 - (8) Art. 18 Abs. 2
 - (9) N 2 zu § 244 ZPO

Zurecht wenden sich Rüede/Hadenfeldt (10) gegen diese wohl aus Zweckmässigkeitsüberlegungen vorgeschlagene Ueberdehnung des Gesetzeswortlautes. Bei Verfahren nach zürcherischer Zivilprozessordnung muss die Handlungsfähigkeit (11) als unabdingbare Minimalvoraussetzung für das Amt des Schiedsrichters oder des Sekretärs des Schiedsgerichtes gelten (12).

Damit ist aber noch nicht entschieden, ob urteilsfähige Unmündige keinesfalls Schiedsrichter oder Sekretäre eines Schiedsgerichtes sein können. Fraglich ist nämlich, ob beschränkt Handlungsunfähige in den Bereichen, in denen ihre Befugnisse denjenigen Handlungsfähiger gleichkommen als Schiedsrichter bzw. Sekretär amten können. Die Frage ist zu bejahen, denn es ist nicht einzusehen, weshalb ein urteilsfähiger Unmündiger in Geschäften, die er nach Art und Umfang selber tätigen kann, nicht auch fähig sein soll, einen Schiedsspruch zu fällen. Dies gilt vermehrt noch für den Sekretär, da ihm lediglich beratende Stimme zukommt (13).

(10) 169 f., insbesondere N 20

(11) Die sich in internationalen Verhältnissen nach Heimatrecht beurteilt; Rüede/Hadenfeldt, 132; Sträuli/Messmer, N 2 zu § 244 ZPO

(12) Dies geht aus dem Wortlaut von § 244 Abs. 1 ZPO hervor. Danach ist es den Parteien lediglich freigestellt, weitere Anforderungen an die Wählbarkeit von Schiedsrichtern und Schiedsgerichtssekretären zu stellen.

(13) Sträuli/Messmer, N 6 zu § 242 ZPO

§ 19 DAS RECHTSMITTELVERFAHREN

I. Verfahrensvorschriften

Obwohl dies im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt ist, gelten die allgemeinen Bestimmungen der Zivilprozessordnung (1) auch im Rechtsmittelverfahren (2). Dementsprechend sind die zu diesen Bestimmungen erwähnten Besonderheiten und Rücksichten gegenüber Kindern auch für das Rechtsmittelverfahren gültig.

II. Die Befugnis zum Ergreifen von Rechtsmitteln

1. Das Kind als Partei

a) Urteilsunfähige Kinder

Urteilsunfähige Kinder müssen stets durch ihre gesetzlichen Vertreter vertreten werden. Dementsprechend sind allfällige Rechtsmittel ausschliesslich von den Eltern, vom Vormund oder von einem speziell ernannten Beistand zu erheben. Ist das Kind, wie z.B. im Prozess betr. Anfechtung des Kindesverhältnisses, neben seiner Mutter beklagt, so kann es (durch seinen Vertreter) allein gültig appellieren, auch wenn die mitbeklagte Mutter dies unterlässt (3).

(1) §§ 1-92 ZPO

(2) Guldener, 502 ff.; Sträuli/Messmer, N 16 vor § 259 ZPO

(3) Analog der Rechtsprechung zu den Ehelichkeitsanfechtungsklagen des alten Rechts; vgl. SJZ 54 (1957) S. 364 Nr. 197; SJZ 56 (1959) S. 157 Nr. 64

b.) Urteilsfähige Kinder

Hier ist zu unterscheiden:

Wurde das Kind in erster Instanz aufgrund der Natur der Streitsache vom gesetzlichen Vertreter vertreten, so steht es diesem zu, allenfalls ein Rechtsmittel zu erheben. Ist das gesetzlich vertretene Kind noch vor Ablauf der Rechtsmittelfrist mündig geworden, kann es das Rechtsmittel alleine einreichen. Wird es während des Rechtsmittelverfahrens mündig, so gelten die gleichen Regeln wie beim erstinstanzlichen Verfahren (4).

Handelte das urteilsfähige Kind im Bereiche der ihm von Art. 19 Abs. 2 ZGB und seinen Konkretisierungen eingeräumten Prozessfähigkeit selbständig, so kann es auch die entsprechenden Rechtsmittel selbständig ergreifen (5).

Handelte das urteilsfähige Kind erstinstanzlich aufgrund der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (6), so kann es fraglich sein, ob diese Zustimmung auch für einen Weiterzug gilt. Im Zweifelsfall ist eine erneute Zustimmung einzuholen, doch kann diese auch als nach-

(4) Vgl. S. 84

(5) Für die staatsrechtliche Beschwerde im besonderen: Gustav Hug-Beeli, Persönliche Freiheit und besondere Gewaltverhältnisse, Diss. Zürich 1976, 64; Jakob Hinden, Die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde, Diss. Zürich 1961 130; Bucher, N 282 zu Art. 19 ZGB.

(6) Bucher, N 22 zu Art. 19 ZGB

trägliche Genehmigung gegeben werden. Der urteilsfähige Unmündige muss die Rechtsmittelerklärung jedenfalls einstweilen gültig abgeben können.

Es liegt ein Anwendungsfall von § 28 ZPO vor (7). Diese Regelung muss aber auch in jenen Kantonen, die eine § 28 ZPO entsprechende Regelung nicht kennen, gelten (8). Eine andere Auffassung müsste als ungerechtfertigter Formalismus betrachtet werden (9).

Wird die Zustimmung nachträglich verweigert, fällt die Rechtsmittelerklärung ex tunc dahin und das erstinstanzliche Urteil wird rechtskräftig.

Die Kosten des Nichteintretensentscheides können nur in Ausnahmefällen dem Kind auferlegt werden, da es regelmässig die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung erfüllen wird. Mittellosigkeit ist ohnehin die Regel und Aussichtslosigkeit darf nicht schon deswegen angenommen werden, weil der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung nachträglich verweigert. Es erscheint als eine der Konsequenzen von § 28 ZPO, dass der Staat damit das Risiko läuft, Gerichtskosten tragen zu müssen, die ein Prozessunfähiger verursacht. Entschädigungen an die Gegenpartei fallen kaum je an, weil die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des handelnden urteilsfähigen Unmündigen eingeholt werden muss, bevor die Gegenseite zum Zuge kommt.

-
- (7) § 28 Abs. 1 ZPO: "Ist Gefahr in Verzug, können urteilsfähige Handlungsunfähige vorläufig selbst das Nötige vorkehren."
(8) Bucher, N 72 und 152 f. zu Art. 19 ZGB
(9) BGE 68 III 116; Stocker, 199.

2. Das Kind_als_betroffener_Dritter

Drittpersonen können gegen jeden Entscheid, der in ihre Rechte eingreift, Rekurs bzw. Nichtigkeitsbeschwerde erheben (10) (11). Diese Regelung muss auch für Kinder gelten. Je nach den Umständen kann es selbständig oder durch seinen Vertreter Rekurs oder Nichtigkeitsbeschwerde einlegen, wenn es in seinen Rechten getroffen wird.

III. Der Verzicht auf Rechtsmittel

Ein Verzicht auf Rechtsmittel kann ausdrücklich ausgesprochen werden oder sich faktisch durch unbenützten Ablauf der Rechtsmittelfrist ergeben. Dabei ist zu unterscheiden:

1. Urteilsunfähige Kinder

Dem Urteilsunfähigen geht jede Befugnis, auf ein Rechtsmittel zu verzichten, ab. An seiner Stelle hat gegebenenfalls sein Vertreter zu verzichten.

2. Urteilsfähige Kinder

a.) Wenn_sie_selbständig_handeln

Urteilsfähige Kinder können im Bereich des ihnen erlaubten selbständigen Handelns gültig auf sämtliche Rechtsmittel verzichten (12). Ob die Zu-

(10) Hiezu: R.G. Briner. Das Rechtsmittel Dritter in den schweizerischen Zivilprozessgesetzen, Diss. Zürich 1979.

(11) Vgl. §§ 273 und 283 ZPO. In der nicht abschliessenden Aufzählung sind genannt: Zeugen, Sachverständige, Besitzer von Urkunden und ausgeschlossene Nebenintervenienten.

(12) Selbstredend unter den allgemein gültigen Voraussetzungen; vgl. § 190 Abs. 2 ZPO; Guldener, 500 ff.; Walder, 428.

stimmung des gesetzlichen Vertreters zur Prozessführung den Verzicht auf Rechtsmittel mitumfasse, ist hingegen fraglich und muss im Zweifel abgeklärt werden.

b) Wenn sie vertreten werden

Wird der Unmündige, obwohl urteilsfähig, durch seinen gesetzlichen Vertreter vertreten, so obliegt es grundsätzlich diesem, auf ein Rechtsmittel zu verzichten. Was hat aber zu geschehen, wenn der gesetzliche Vertreter offensichtlich zu Unrecht auf die Einlegung eines Rechtsmittels verzichtet? Ist der Vertretene schutzlos?

Die einseitig elternfreundliche Regelung des ZGB, die dem unter elterlicher Gewalt stehenden urteilsfähigen Unmündigen selbst bei wichtigen Geschäften kein Anhörungsrecht zubilligt (im Gegensatz zu den Bevormundeten, denen bei Urteilsfähigkeit und zurückgelegtem 16. Altersjahr ein Mitwirkungsrecht zugestanden wird (13)), vermag nicht zu befriedigen, weil sie vom Idealbild des "bonus et diligens pater familias" ausgeht, das zwar auch heute noch die Regel bildet, aber nicht ausnahmslos zutrifft (14).

Die Frage, ob ein Rechtsmittel zu erheben sei, muss als wichtige Angelegenheit eingestuft werden, und es ist nicht einzusehen, wieso ein Mitwirkungsrecht nur dem urteilsfähigen Unmündigen, der bevormundet ist, zustehen soll und nicht auch demjenigen, der unter elterlicher Gewalt steht.

(13) Art. 409 ZGB; Lindegger, 47 ff.

(14) Ausführlich: Hohl, 45 ff.

Der urteilsfähige Unmündige muss daher entweder von seinem Anzeigerecht (15) Gebrauch machen können und die Vormundschaftsbehörde benachrichtigen, die dann die Interessen des Betroffenen - etwa durch Ernennung eines Beistandes - zu wahren hat, oder dieser muss selbst einstweilen trotzdem ein Rechtsmittel erheben können. Es liegt auf der Hand, dass diese Lösung einen empfindlichen Eingriff in die Rechte des gesetzlichen Vertreters bringt. Dementsprechend kann sie auch nur in seltenen offensichtlichen Ausnahmefällen Platz greifen. Die korrekte Wahrung der Rechte des Unmündigen muss aber den Interessen des gesetzlichen Vertreters auf Nichteinmischung der Vormundschaftsbehörden vorangestellt werden (16). Es ginge auch nicht an, den geschädigten Unmündigen auf Schadenersatzansprüche zu verweisen.

(15) Vgl. F.J. Hunziker: Die Anzeige an die Aufsichtsbehörde, Diss. Zürich 1978, 65 ff.

(16) Hohl, 46.

§ 20 DIE KANTONALRECHTLICHE ZWANGSVOLLSTRECKUNG

I. Allgemeines

Hier kann nur eine geraffte Darstellung des Institutes der kantonalrechtlichen Zwangsvollstreckung gegeben werden (1). Selbstverständlich scheiden hier die durch das SchKG erfassten Tatbestände aus (2), es geht ausschliesslich um die kantonalrechtlich geregelte zivilprozessuale Zwangsvollstreckung (Realexekution). Diese umfasst grundsätzlich die Vollstreckung aller formell rechtskräftigen Urteile (3), die nicht auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung lauten, sondern Ansprüche auf Handlungen, Duldungen und Unterlassungen zum Gegenstand haben. Von der Zwangsvollstreckung ausgenommen sind sodann aufgrund ihrer Rechtsnatur die Feststellungs- und Gestaltungsurteile (4). Weitere Ausschlüsse ergeben sich dadurch, dass das materielle Recht statt Realexekution Umwandlung in Schadenersatz vorsieht (5). Die Zwangsvollstreckung ist aber auch dort verfehlt, wo es auf eine persönliche Leistungsfähigkeit und Leistungswilligkeit des Pflichtigen ankommt, vornehmlich bei Dienst- und Arbeitsleistungen. Das nach den genannten Einschränkungen verbleibende Anwendungsgebiet der kantonalrechtlichen Zwangsvollstreckung wird für Unmündige, insbesondere die selbstständig handelnden urteilsfähigen Unmündigen, weiter reduziert durch die Natur der Ansprüche, über die sie verfügen können.

-
- (1) Ausführlich: Urs Haubensak, Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich, 1975
 - (2) Nämlich Vollstreckung von Verpflichtungen auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung (Art. 38 SchKG, § 303 ZPO).
 - (3) Haubensak, 8 f.
 - (4) Haubensak, 5
 - (5) Art. 562 Abs. 3 ZGB

II. Mögliche Anwendungsfälle

Für die vorliegende Untersuchung ist in erster Linie derjenige Fall in Betracht zu ziehen, in dem gegen einen urteilsfähigen Unmündigen Zwangsvollstreckungsmassnahmen eingeleitet werden müssen. Der umgekehrte Fall, in welchem der urteilsfähige Unmündige Zwangsvollstreckung verlangt, ist ohne Besonderheiten. Ebenso, wenn ein urteilsunfähiges Kind von seinem gesetzlichen Vertreter vertreten wird.

Gegen Unmündige können Zwangsvollstreckungsmassnahmen nötig werden, wenn sie Sachen in Gewahrsam haben, die sie gemäss Urteil dem Kläger oder einem Dritten herauszugeben haben. Daneben können sie aber auch durch solche Massnahmen zum Erbringen versprochener Vertragsleistungen, die keine Vertretung zulassen, verhalten werden (6).

III. Die Vollstreckungsmittel

Unter den Vollstreckungsmitteln (7) bedürfen für unser Thema lediglich die Ordnungsbusse und die Ungehorsamsstrafe einer näheren Betrachtung. Und auch dies nur für unter 18-jährige urteilsfähige Unmündige.

1. Die Ordnungsbusse

Durch die Androhung einer Ordnungsbusse soll der Verpflichtete zu dem von ihm erwarteten Verhalten gebracht werden. Kann diese Androhung auch bei einem unter 18-Jährigen unbesehen angewandt werden oder ist auf das Jugendstrafrecht Rücksicht zu nehmen? Grundlage für die Kompetenz zur Androhung von Ordnungsstrafe ist das Ordnungsstrafengesetz (8).

-
- (6) Ein bekannter minderjähriger Filmstar oder Spitzensportler verpflichtet sich beispielsweise, eine Autogrammstunde abzuhalten.
 - (7) §§ 306-309 ZPO
 - (8) Gesetz betr. Ordnungsstrafen vom 30. Oktober 1866, ZG Band 6, III ff.

§ 4a dieses Gesetzes erklärt die Art. 48 Ziff. 2. und 3. sowie Art. 49 StGB als anwendbar. Die genannten Artikel wiederum werden durch Art. 95 Ziff. 2 StGB als auf das Jugendstrafrecht anwendbar erklärt. Demnach ist auf das Jugendstrafrecht Rücksicht zu nehmen. Dies bedeutet, dass gegenüber unter 15-Jährigen keine Ordnungsbusse angedroht werden kann, weil das Jugendstrafrecht diese für Kinder (7-15 Jahre) nicht vorsieht. Bei den Jugendlichen (15-18 Jahre) ist hingegen die Androhung einer Busse möglich. Muss aber eine so ausgesprochene Busse wegen Nichtbezahlung umgewandelt werden, so ist anstelle der bei Bussen-umwandlungen vorgesehenen Haft (9) auf die entsprechende Anzahl Tage Einschliessung zu erkennen.

2. Die Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB (10)

Hier stellt sich im wesentlichen dieselbe Frage wie bei der Ordnungsbusse. Für die Bestrafung mit einer Busse gemäss Art. 292 StGB gilt das unter 1. Ausgeführte. Statt der im Tatbestand angeordneten Haft ist bei 15-18 Jährigen Einschliessung, bei 7-15 Jährigen Schularrest anzudrohen.

(9) Art. 49 Ziff. 3 StGB

(10) Die Androhung einer Ungehorsamsstrafe ist nicht auf die kantonalrechtliche Zwangsvollstreckung beschränkt. Sie findet auch Anwendung bei fortgesetzter Zeugnisverweigerung (§ 163 Abs. 2 ZPO); Verweigerung des Augenscheins an Person und Sachen (§ 170 Abs. 2 ZPO); der Herausgabe von Urkunden als Dritter (§ 184); der Niederschrift eines Diktates als Dritter (§ 187 Abs. 2 ZPO). Subsidiär findet sie auch in Betreibungssachen neben den besonderen betreibungsrechtlichen Ungehorsamsstrafen gemäss Art. 169 und 323f. StGB Anwendung (BGE 83 III 6; 81 IV 328 E. 2). Betrifft die Androhung urteilsfähige Unmündige unter 18 Jahren, so ist auch dort im hier angegebenen Sinne zu verfahren.

2. TEIL: DAS KIND IM PROZESSE DRITTER

I. KAPITEL: DAS KIND ALS ZEUGE

§ 21 BEGRIFFE

I. Zeuge

Es wird unterschieden zwischen Solemnitätszeugen und Gerichtszeugen. Solemnitätszeuge (1) ist eine von den Parteien verschiedene Person, die an einem Rechtsgeschäft mitwirkt, um dessen formgültiges Zustandekommen zu ermöglichen (2). Unmündige sind nach dem klaren Wortlaut der geltenden einschlägigen Gesetzesartikel unfähig, als Solemnitätszeugen zu wirken (3).

Gerichtszeuge ist eine von den Prozessparteien verschiedene Person, die in einem besonders geregelten Verfahren unter strafrechtlich sanktionierter Wahrheitspflicht über von ihr wahrgenommene Tatsachen Auskunft geben soll (4).

In dieser Untersuchung befassen wir uns nur mit den Gerichtszeugen.

-
- (1) Birkenmaier, 3; Sträuli/Messmer, N 3 vor § 157 ZPO; Zenhäusern, 40 f.
 - (2) Z.B. bei der Trauung (Art. 116 ZGB) oder bei der Errichtung einer letztwilligen öffentlichen Verfügung (Art. 501 ff. ZGB).
 - (3) Art. 116, 503, 506 und 512 ZGB; Escher, N 3 zu Art. 503 ZGB.
 - (4) Birkenmaier, 4 ff.; Guldener, 338; Hauser, Zeugenbeweis, 38; Pfäffli, 25; Walder, 317

II. Zeugnisfähigkeit (5)

Zeugnisfähig ist nur, wer in objektiver Hinsicht Zeuge sein kann, also Drittstellung besitzt und in subjektiver Hinsicht über die im folgenden aufgezählten Eigenschaften und Fähigkeiten kumulativ verfügt.

1. Die Wahrnehmungsfähigkeit

Sie ist die Fähigkeit, Geschehenes mit seinen Sinnen zu erfassen; es zu sehen, zu hören, zu riechen, zu schmecken oder zu spüren. Das Fehlen einzelner dieser Fähigkeiten vermag eine Person nicht als Zeuge auszuschliessen (6).

2. Die Erinnerungsfähigkeit

Sie ist die Fähigkeit, Wahrgenommenes bis zum Moment der Zeugenaussage in Erinnerung zu behalten. Diese Fähigkeit kann bei Geistesschwachen oder Senilen völlig oder teilweise fehlen. Auch bei Kleinkindern ist sie noch mangelhaft entwickelt.

3. Die Mitteilungs- oder Ausdrucksfähigkeit

Das Wahrgenommene und in Erinnerung Behaltene muss dem Gericht mitgeteilt werden können. Normales Ausdrucksmittel ist dabei die Sprache. Aber auch Gebärden sowie schriftliche oder zeichnerische Wiedergabe sind möglich.

-
- (5) Birkenmaier, 29 ff.; Hauser, Zeugenbeweis, 63 ff.; Krähenbühl, 16 ff.; Rohner, 3; Zenhäusern, 17 f.
 - (6) Ein Tauber kann über Gesehenes, ein Blinder über Gehörtes ohne weiteres Zeugnis ablegen.

§ 22 DIE ZEUGNISFÄHIGKEIT DES KINDES IM BESONDEREN

I. Problematik

Kinder als Zeugen sind vor allem in Strafuntersuchungen und Strafprozessen einzuvernehmen (1). Für das Gebiet des Strafprozesses besteht denn auch eine Vielzahl von Abhandlungen aus juristischer, psychologischer und psychiatrischer Sicht, die sich mit der Problematik der Kinder und Jugendlichen als Zeugen beschäftigen (2). Die Ueberlegungen, die bei der Einvernahme von Kindern als Zeugen im Strafprozess von Bedeutung sind, gelten grundsätzlich auch im uns interessierenden Zivilprozess (3).

Insbesondere in familienrechtlichen Prozessen, wie Scheidung oder Entzug der elterlichen Gewalt ist die Situation der betroffenen Kinder ähnlich wie diejenige eines Opfers bei Sittlichkeitsdelikten oder Kindsmisshandlungen. Die Kinder wären wohl in der Lage, dem Richter zur Erkenntnis der materiellen Wahrheit wertvolle Hinweise zu liefern. Die Wahrheit könnte aber nur unter Verletzung von Kindesinteressen erreicht werden. In diesem Spannungsfeld zwischen materieller Wahrheit und berechtigten Kindesinteressen gilt es eine ausgeglichene Lösung zu finden. Ein generelles Verbot, Kinder zur Zeugenaussage in familienrechtlichen Prozessen ihrer Eltern beizuziehen, wäre zu erwägen, verstiesse aber nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gegen Art. 158 ZGB (4). Abgesehen davon wür-

(1) Hauser, SJK Nr. 1298, 6 f.; Probst, 3

(2) Vgl. das Literaturverzeichnis von Rohner

(3) Zenhäusern, 24

(4) BGE 77 II 23; vgl. auch Birkenmaier, 98 f.

de eine solche Vorschrift unter mehreren Aspekten als ungerechtfertigt erscheinen. Es kann nämlich im Interesse eines Kindes liegen, dass es als Zeuge angehört wird (5). Der Beweisführer würde sodann in vielen Fällen nur deshalb scheitern, weil der einzige und damit für ihn unentbehrliche Zeuge ein Kind ist (6). Die Prozessordnungen sehen zudem als weitere "Sicherungen" gegen die oft zu Unrecht befürchteten Nachteile, die eine kindliche Zeugenaussage haben soll (7) das Zeugnisverweigerungsrecht und die richterliche Wertung der Zeugenaussage vor.

Zu verwerfen ist die verbreitete Tendenz, Kinder unter Umgehung klarer prozessualer Formen informativ mehr oder weniger auszuhorchen (8). Bei so erreichten Aussagen besteht die Gefahr, dass subjektive Empfindungen und Vorurteile der befragenden Person, wie auch suggestiv beeinflusste Äusserungen des Kindes völlig unkontrollierbar in den Prozessstoff einfließen.

Anders ist es jedoch in den übrigen Zivilprozessen. Bei ihnen bestehen meist keine derart intensiven gefühlsmässigen Verstrickungen wie in den obenerwähnten familienrechtlichen Prozessen, insbesondere in den Scheidungsprozessen. Für sie sind daher die allgemein gültigen Kriterien der Zeugnisfähigkeit auch bei Beteiligung von Kindern anwendbar.

-
- (5) Weil das Geschehen z.B. Rückwirkungen auf seine Haltung zu einem Elternteil hatte und dies für die Kinderzuteilung von Bedeutung ist.
 - (6) Bühler/Spühler, N 105 a.E. zu Art. 158 ZGB; Stocker, 201
 - (7) Birkenmaier, 68 f.
 - (8) A.M. Hauser, SJK Nr. 1298, 2

II. Die positivrechtlichen Regelungen

Da die Umschreibung der Zeugnisfähigkeit und Zeugnispflicht Sache des kantonalen Rechts ist (9), findet sich in der Praxis eine echt helvetische Vielfalt von Regelungen, die die geschilderte Problematik lösen soll.

Eine grosse Zahl von Kantonen beschränkt die Zeugnisfähigkeit der Kinder durch Ansetzen eines Mindestalters (zur Zeit der Aussage) von zwölf, vierzehn, fünfzehn oder gar sechzehn Jahren (10). Eine weitere Gruppe, darunter auch Zürich, kennt keine fixe Altersgrenze. Wieder andere Kantone umschreiben mehr oder weniger vollständig die Voraussetzungen, die ein Kind erfüllen muss, um als Zeuge aussagen zu können.

III. Kritik

Als sachgerecht ist diejenige Bestimmung zu bezeichnen, die auf den konkreten Einzelfall abstellt. Dabei spielt nicht nur das Lebensalter des Zeugen eine Rolle, sondern auch das Beweisthema. Ueber relativ einfache Begebenheiten kann auch ein kleineres Kind zuverlässig aussagen. Ueber tatbeständlich kompliziertere Vorgänge wird jedoch nur ein geistig reiferes Kind brauchbare Aussagen machen können.

Pauschalregelungen, wie die Festsetzung einer bestimmten Altersgrenze, vermögen deshalb nicht zu befriedi-

(9) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 157 ZPO

(10) Ausführlich: Birkenmaier, 68 ff.; Hauser, Zeugenbeweis, 67; Hauser, Prozessuale Stellung, 209 f.

gen (11) und verstossen zudem gegen Bundesrecht, insbesondere gegen den Grundsatz der freien Beweiswürdigung, der für Scheidungsprozesse in Art. 158 Ziff.4 ZGB vorgeschrieben ist (12). Die Pauschalregelung läuft nämlich im Ergebnis auf einen generellen Ausschluss bestimmter Personenkategorien hinaus (13).

Fraglich erscheint, ob die vielfach verlangte Urteilsfähigkeit (14) das richtige Kriterium abgebe. Natürlich müssen gewisse Geistesgaben gefordert werden, aber für die Zeugenaussage bedarf es in erster Linie der Wahrnehmungs-, Erinnerungs- und Wiedergabefähigkeit. Diese Fähigkeiten decken sich nicht zwingend mit der Urteilsfähigkeit, als Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln. Bereits ein Kleinkind kann unter Umständen wertvolle Hinweise über ein Geschehen liefern (15), ohne dass es deswegen als urteilsfähig im eigentlichen Sinne angesprochen werden kann (16).

-
- (11) Birkenmaier, 69; Hauser, SJK Nr. 1298, 4 f.; Krähenbühl, 23
 - (12) Bühler/Spühler, N 106 f. zu Art. 158 ZGB
 - (13) A.M. Hauser, SJK Nr. 1298, 5 und dort zit. Literatur
 - (14) Birkenmaier, 70; Hauser, Prozessuale Stellung, 210; Sträuli/Messmer, N 3 zu § 157 ZPO
 - (15) Hauser, Zeugenbeweis, 68
 - (16) Art. 43 des Entwurfes Schwartz (ZSR 88 II 243 ff.) sah folgende Regelung vor: "Kinder können Zeugnis ablegen über alle Tatsachen, deren Erkenntnis ihrem Sinnes- und Denkvermögen möglich ist. Der Richter hat die Einvernahme eines Kindes abzulehnen, wenn dessen Wohl es gebietet."

IV. Entwicklungspsychologische Erkenntnisse (17)

Die Frage, von welchem Zeitpunkt an ein Kind für eine bestimmte Aussage zeugnisfähig sei, kann nicht ohne Berücksichtigung entwicklungspsychologischer Erkenntnisse beantwortet werden. Danach werden folgende vier Hauptstufen der kindlichen Entwicklung unterschieden:

1. Kleinkindalter (Geburt bis 4 Jahre)

Die Wahrnehmungsfähigkeit ist wenig entwickelt. Das Geschehen wird rein gefühlsmässig erfasst. Nebensächliches erhält völlig unangemessene Bedeutung. Die sprachliche Ausdrucksfähigkeit reicht nicht aus, Erlebtes klar und eindeutig wiederzugeben.

Die Zeugnisfähigkeit ist demzufolge in der Regel nicht gegeben. Keinesfalls dürfte entscheidend auf solche Aussagen abgestellt werden.

2. Kindergartenalter (4 bis 7 Jahre)

Dies ist eine Periode intensiver Gefühlsentwicklung. Sympathie und Antipathie treten hervor. Uebertreibungen und Phantastereien sind häufig. Die Selbstkritik ist noch ungenügend entwickelt. Diese Altersgruppe ist auch besonders anfällig auf Suggestionen (18). Auch die Ausdrucksfähigkeit ist vielfach noch ungenügend, um genaue Beschreibungen abzugeben.

Diese Altersgruppe ist nur bedingt zeugnisfähig.

(17) Hier kann nur eine geraffte Darstellung erfolgen.
Ausführlicher: Probst, 5 ff. ; Rohner, 5 ff.

(18) Weber, 515

3. Unterstufenalter (7 bis 11/13 Jahre)

In dieser Stufe tritt die Selbstbehauptungstendenz in den Vordergrund. Damit einher geht ein gesteigertes Geltungsbedürfnis, welches auf die Zeugenaussagen insofern negative Auswirkungen hat, als eine Neigung zum Uebertreiben, Dramatisieren und Aufbauschen besteht. Die Wahrnehmungs- wie auch die Wiedergabefähigkeit sind dagegen bereits gut entwickelt.

Diese Altersgruppe ist in der Regel zeugnisfähig, wobei aber in der Bewertung der Zeugenaussagen Vorsicht am Platze ist.

4. Pubertätszeit (ab ca. 11 bis 13 Jahren)

Diese Gruppe verfügt sowohl bereits über beachtliche Verstandeskräfte als auch oft über ausgeprägte Beobachtungsgabe. Das Gedächtnis ist auf einem ersten Höhepunkt der Entwicklung angelangt. Die sprachliche Ausdrucksfähigkeit ist weiter verbessert und verfeinert.

Diesen positiven Zeugeneigenschaften stehen aber auch negative gegenüber. Durch Stimmungsumschwünge, denen Pubertierende in besonderem Masse unterworfen sind, lassen sie sich oft zu extrem subjektiven Aussagen hinreißen. Ihr eigenes Rechts- und Wertgefühl beeinflusst ihre Aussagen. Die stark entwickelte Gruppenbindung trägt das ihre zur oft verfälschten Aussage bei.

Ueber die Zeugnisfähigkeit dieser Gruppe bestehen kaum Zweifel. Davon zu unterscheiden ist jedoch auch hier die Bewertung der Aussagen.

V. Schluss

Die grundsätzliche Zeugnisfähigkeit des Kindes tritt um das 7. Altersjahr herum ein. In diesem Alter ist die Wahrnehmungs-, Erinnerungs- und Aussagefähigkeit so weit entwickelt, dass brauchbare Resultate erzielt werden. Die genannten Fähigkeiten sind auch Voraussetzung für die Einschulung, die nicht zufällig ebenfalls mit ungefähr sieben Jahren vorgenommen wird. Der gleichzeitige Eintritt der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zeigt weiter, dass man das Kind in diesem Alter für fähig hält, wenigstens rudimentär die Tragweite von Sanktionen zu erfassen und Recht und Unrecht zu unterscheiden.

Zu Recht hat daher die zürcherische Rechtsprechung die Regel aufgestellt, die Zeugnisfähigkeit beginne im allgemeinen mit dem vollendeten 7. Altersjahr (19). Hat das Kind dieses Alter erreicht, so sollte bei Zweifeln an dessen Zeugnisfähigkeit - falls die materielle Wahrheit anders nicht genügend sicher gefunden werden kann - die Zeugeneinvernahme durchgeführt werden. Der Beweiswürdigung muss es vorbehalten bleiben, ob und inwieweit die kindliche Aussage dem Urteil zugrunde gelegt wird (20). Ohne Not darf jedenfalls die Erforschung der materiellen Wahrheit nicht unterbleiben. Auch aus diesem Grunde sind die relativ hoch angesetzten starren Altersgrenzen in verschiedenen kantonalen Regelungen zu verwerfen. Sie können zu untolerierbaren Rechtsverkürzungen führen, wenn der Beweisführer nur deshalb scheitert, weil ein Kind massgeblicher Zeuge ist.

(19) ZR 71 Nr. 116

(20) Hauser, SJK Nr. 1298, S. 5

§ 23 DIE PFLICHTEN UND RECHTE DES ZEUGEN

I. Die Pflichten

1. Die Pflicht zum Erscheinen

Die Erscheinungspflicht besteht darin, sich auf ordnungsgemäss erfolgte Vorladung hin zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort einzufinden. Soll ein Kind als Zeuge aussagen, so stellt sich die Frage, ob es oder sein gesetzlicher Vertreter Empfänger der Vorladung sei und wen die Folgen treffen, falls das Kind die Erscheinungspflicht missachtet.

Ueber 18-jährige sind nach zürcherischer Regelung allgemein zeugnispflichtig (1). Sie tragen die Verantwortung für ihr Erscheinen selber. Bei jüngeren Kindern sind die gesetzlichen Vertreter in erster Linie dafür verantwortlich, dass ihr Kind bzw. Mündel zur Zeugenaussage erscheint (2). Diese Regel kann jedoch nicht ausnahmslos gelten. Haben die Eltern oder der Vormund alles ihnen zumutbare getan, um das Kind zum Erscheinen zu bewegen, so kann ihnen kein Vorwurf gemacht werden, wenn das Kind sich etwa durch Flucht einer Einvernahme entzieht. Diesfalls sind allfällige Zwangsmittel gegen das Kind direkt zu ergreifen (3).

2. Die Pflicht zur Aussage

Jeder Zeuge hat - vorbehältlich seines Zeugnisverweigerungsrechtes - über seine Personalien, seine Beziehungen zu den Parteien und seine Wahrnehmungen zur Sache Auskunft zu geben (4).

Dies gilt uneingeschränkt auch für Kinder.

(1) Das folgt e contrario aus § 157 Abs. 3 ZPO

(2) Hauser, Zeugenbeweis, 106

(3) Zu den einzelnen Sanktionen: Vgl. § 26, S. 150 ff.

(4) § 165 ZPO

3. Die Pflicht zur Wahrheit

Diese an sich selbstverständliche Pflicht ist oft die schwierigste. Der Zeuge ist sich bewusst, dass von seiner Aussage u.U. Wohl und Wehe eines Menschen oder einer ganzen Familie abhängen kann. Er steht im Widerstreit zwischen Sympathie und Antipathie und ist aufgefordert, unbeeinflusst von Gefühlen objektiv auszusagen. Hinzu kommt noch die drakonische Strafandrohung für falsches Zeugnis, die seine Stress-Situation verschärft (5).

Ist ein Kind als Zeuge angerufen, so muss die geschilderte Situation weitestmöglich entspannt werden, sonst ist das Kind überfordert und unfähig, brauchbare Aussagen zu liefern (6). Die Ermahnung zur Wahrheit und die Androhung für falsches Zeugnis sind in besonders einfacher und anschaulicher Form vorzunehmen.

4. Die Nebenpflichten

Zu den Nebenpflichten, die auch vom kindlichen Zeugen gefordert werden können, gehört vor allem die Verpflichtung, über das anlässlich der Einvernahme Gehörte Stillschweigen zu bewahren (6a). Auch die allgemeine Pflicht, sich vor Gericht anständig zu benehmen, kann hier erwähnt werden. Hält der Richter aufgrund der Aussagen eine Glaubwürdigkeitsuntersuchung für angebracht, so kann eine solche jedoch nicht in einer eigentlichen psychiatrischen oder psychologischen Begutachtung bestehen. Einen so schweren Eingriff in seine Persönlichkeit muss sich der Zeuge im Zivilprozess nicht gefallen lassen (7). Den Zeugen können auch weitere Nebenpflichten treffen (8). Da diese nicht nur Zeugen, sondern allgemein Dritte betreffen,

(5) Art. 307 StGB: Bestrafung mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis.

(6) Ueber die Form der Einvernahme: Vgl. § 24, S. 144 ff.

(6a) Hauser, Zeugenbeweis, 118

(7) SJZ 64, 26 ff.

(8) Wie z.B. Editionspflichten

erfolgt ihre Behandlung im nächsten Kapitel.

II. Die Rechte

1. Rücksichtnahme

Das Kind hat ein Anrecht auf maximale Rücksichtnahme in jeder Beziehung und soweit es die Formen des Prozessrechtes zulassen (9). Dies nicht nur, um die kindliche Psyche zu schonen, sondern ebensosehr im Interesse der Qualität der Aussage. Zeugeneinvernahmen sollten z.B. wenn immer möglich an einem schulfreien Nachmittag stattfinden, um das Kind nicht unnötigem und belastendem Geschwätz seiner nächsten Umgebung auszusetzen. Bei der Einvernahme selber ist das Kind vor Beeinflussung jeglicher Art zu schützen (10).

2. Zeugenentschädigung

Auch dem Kind steht eine seinen Verhältnissen angepasste Zeugenentschädigung zu. Insbesondere sind ihm die Reisekosten zu ersetzen. Musste das Kind in Begleitung erscheinen, so ist auch die Begleitperson zu entschädigen (11).

-
- (9) Der Schutz kann im Rahmen von § 145 ZPO gewährt werden. Vgl. Sträuli/Messmer, N 3 und 4 zu § 145 ZPO.
- (10) Ueber die Form der Einvernahme im Einzelnen vgl. § 24, S. 144 f
- (11) Verordnung betreffend die Entschädigung der Zeugen und Sachverständigen vom 19. Dezember 1956, § 4 lit. d.

3. Zeugnisverweigerungsrecht

a) Sinn und Umfang

Die Gewährung des Zeugnisverweigerungsrechtes bedeutet einen bewussten Verzicht auf die Erforschung der Wahrheit als dem im Normalfall obersten Gebot jeder Rechtspflege. Dieser Verzicht erfolgt aufgrund einer Interessenabwägung des Gesetzgebers und rechtfertigt sich nur bei Vorliegen von in der Wertordnung noch höher stehenden Gründen (12). Als solche werden in der Regel die Gewissenskonflikte anerkannt, die entstehen können, wenn eine Person in das Spannungsfeld zwischen der Zeugnispflicht und der damit verbundenen Strafdrohung einerseits und Selbstschutzinteressen oder Rücksichten auf familiäre Bindungen anderseits gerät. Personen in der geschilderten Lage sind zudem äusserst unzuverlässige Zeugen, weil sie sich oft lieber dem Risiko einer Bestrafung wegen falschen Zeugnisses aussetzen, als ihren Selbstschutzinteressen oder familiären Bindungen zum Teil irreparable Schäden zuzufügen.

Um es nicht so weit kommen zu lassen, soll es der betroffenen Person anheim gestellt werden, ob sie aussagen will oder nicht. Der Entscheid, ob im konkreten Fall einem Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht zustehe oder nicht, obliegt dem Gericht. Gegen dessen Entscheid steht dem Zeugen, auch dem minderjährigen, der Rekurs offen (13).

Das Zeugnisverweigerungsrecht entbindet die berechtigten Personen jedoch nicht von der Pflicht, zur festgesetzten Zeit vor Gericht zu erscheinen (14).

(12) Krähenbühl, 28 ff., insbesondere 32 f.

(13) § 273 ZPO; Sträuli/Messmer, N 14 f. zu § 164 ZPO

(14) Hauser, prozessuale Stellung, 216 Ziff. 5.

Der Kreis der zeugnisverweigerungsberechtigten Personen, wie auch der Umfang der Aussageverweigerungsbefugnis, sind in den verschiedenen kantonalen Zivilprozessordnungen ungleich umschrieben (15). Die zürcherische Regelung gewährt Blutsverwandten und Verschwägerten beider Parteien in gerader Linie bis zum zweiten Grade der Seitenlinie sowie den Ehegatten und dem Vormund oder Beistand einer Partei ein Zeugnisverweigerungsrecht für alle Aussagen (16). Weiter können Zeugen im Kanton Zürich Aussagen verweigern, die ihnen oder ihren obgenannten Verwandten zur Schande oder zu unmittelbarem Nachteil gereichen (17). Die weitergehenden Zeugnisverweigerungsrechte besonderer Berufsgruppen interessieren in unserem Zusammenhang nicht.

Die Gründe, die für ein Zeugnisverweigerungsrecht von Erwachsenen angeführt wurden, gelten in noch vermehrtem Masse für Kinder, die oft von der Partei, zu deren Lasten sie ohne Zeugnisverweigerungsrecht aussagen müssten, abhängig sind und die unter den geschilderten Gewissenskonflikten oft besonders intensiv leiden (18). Ihnen steht daher nach einhelliger Meinung ebenfalls ein Zeugnisverweigerungsrecht zu (19).

b) Hinweis auf das Zeugnisverweigerungsrecht und die Folgen der Unterlassung

Das Zeugnisverweigerungsrecht kann sinnvollerweise nur dann ausgeübt werden, wenn die weigerungsberechtigte Person von allem Anfang an auf dieses Recht aufmerksam gemacht wurde. Dies gilt insbesondere auch

(15) Ausführlich: Hauser, SJK Nr. 1299, 4; Hauser, Zeugenbeweis, 268 ff.

(16) § 158 ZPO; Sträuli/Messmer, N 3-5 zu § 158 ZPO

(17) § 159 Ziff. 1 ZPO

(18) Dies betrifft vor allem Aussagen im Scheidungsprozess der Eltern.

(19) ZR 66, Nr. 67; Hauser, Zeugenbeweis, 146

für Kinder, die von diesem Recht regelmässig nichts wissen werden (20). Bezüglich der Form des Hinweises ist zu beachten, dass dieser der Sprache und dem Auffassungsvermögen des Kindes entsprechend erfolgt (21). Unterbleibt die Belehrung, so ist das Zeugnis nach zürcherischer Regelung ungültig und darf nicht verwertet werden (22).

c) Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechtes, insbesondere bei Kindern (23)

Auch wenn ein Kind aufgrund seiner Wahrnehmungs-, Erinnerung- und Wiedergabefähigkeit zeugnisfähig ist, so besteht noch keine Gewähr, dass es auch über die für die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechtes nötigen Verstandeskräfte verfügt. Ein Kind ist oft überfordert, wenn es entscheiden muss, ob es von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen soll. Der Richter hat daher mittels geeigneter Fragen vorerst abzuklären, ob der jugendliche Zeuge die Tragweite seines Entscheides zu erfassen vermag (24). Ist der Richter überzeugt, dass das Kind dazu fähig ist, so muss er ihm den Entscheid überlassen (25) (26). Im gegenteiligen Falle stellt sich die Frage, wer anstelle des hiezu unfähigen Kindes entscheiden soll. Da das Zeugnisverweigerungsrecht als relativ höchstpersönliches Recht gilt (27),

(20) Hauser, SJK Nr. 1299, 8 f.

(21) Rohner, 94

(22) § 164 ZPO; Sträuli/Messmer, N 5 zu § 164 ZPO

(23) Eingehend: Hauser, Zeugenbeweis, 146 ff.

(24) Vgl. das anschauliche Beispiel bei Rohner, 94; Sträuli/Messmer, N 11 zu § 164 ZPO

(25) Bucher, N 316 zu Art. 19 ZGB; Hauser, prozessuale Stellung, 217; Sträuli/Messmer, N 12 zu § 164 ZPO

(26) Hauser, Zeugenbeweis, 147, hält Kinder ab 14-16 Jahren für fähig, diesen Entscheid selbstständig zu treffen; Rohner, 97, berichtet von einem 11-jährigen Mädchen, dem der Entscheid zugetraut wurde.

(27) Gontersweiler, 6

ist dessen Ausübung an sich einer Drittperson möglich. Aufgrund der allgemeinen Vertretungsmacht ist der gesetzliche Vertreter dazu berechtigt und verpflichtet (28). Dies bedingt, dass er ebenfalls vorgeladen und über das Zeugnisverweigerungsrecht belehrt werden muss. Verweigert der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung zur Zeugenaussage des Kindes, so darf dieses nicht einvernommen werden.

Entscheidet sich der gesetzliche Vertreter dafür, dass das Kind aussagen soll, so muss das Kind aussagen. Dieser Meinung war ursprünglich auch HAUSER (29). Später (30) plädierte er dafür, das Kind dürfe gegen seine inneren Gefühle nicht gezwungen werden, auszusagen.

Diese Argumentation erscheint mir als inkonsequent. Erachtet man das Kind als unfähig, ein bestimmtes Recht wahrzunehmen, so hat der gesetzliche Vertreter an seiner Stelle zu handeln und es bleibt kein Raum mehr für eigenes Handeln des als urteilsunfähig erachteten Kindes. Wie RÖHNER (31) mit Recht festhält, hat die kritisierte Auffassung zur Folge, dass letztlich doch das Kind entscheidet, ob es aussagen wolle oder nicht; und dies, obwohl es zum Entscheid gar nicht fähig ist.

Verweigert das Kind demnach trotz Zustimmung des gesetzlichen Vertreters die Aussage, so ist es nach ergangener Androhung mit den - je nach Alter -

(28) ZR 75 (1976) Nr. 93; ZR 66 (1967) Nr. 67; Bucher N 317 zu Art. 19 ZGB

(29) Hauser, prozessuale Stellung, 217 f.

(30) Hauser, Zeugenbeweis, 147 f.

(31) 97

modifizierten Sanktionen gemäss § 163 Abs. 2 ZPO zu belegen (32) (33).

Ist der gesetzliche Vertreter hingegen der Meinung, dass die Interessen des Kindes eine Verweigerung des Zeugnisses erheischen, so ist das Kind daran gebunden. Wünscht es trotzdem auszusagen, so darf es nicht angehört werden.

Gleichgültig, ob das Kind selber oder dessen gesetzlicher Vertreter den Entscheid über das Zeugnisverweigerungsrecht fällt, ist es möglich, darauf zurückzukommen (34). Keine Probleme bieten sich für den Fall, in dem der Berechtigte das Zeugnis bisher verweigert hat und nun bereit ist, auszusagen. Schwieriger ist es jedoch im umgekehrten Fall, wenn der Zeuge nach korrekt ergangener Aufklärung über sein Zeugnisverweigerungsrecht auszusagen beginnt, und erst im Verlaufe der Befragung in einen Gewissenskonflikt gerät. Diesfalls muss dem Zeugen zugestanden werden, seine Bereitschaft, auszusagen, zurückzuziehen. Das bereits Ausgesagte hingegen kann verwertet werden (35).

Selbstverständlich kann der Entscheid, ob das Kind aussagen solle oder nicht, nur von einem gesetzlichen Vertreter gefällt werden, der selber nicht direkt betroffen ist. Ist beispielsweise der Vater direkt betroffen, so steht der Entscheid der Mutter zu. Sind beide direkt betroffen, so hat m.E. die Vormundschaftsbehörde oder ein von ihr ernannter Beistand zu entscheiden.

(32) Vgl. S. 151 ff.

(33) Die von Hauser, prozessuale Stellung, 218, postulierte Beugehaft ist bei unter 15-jährigen unzulässig; bei älteren Kindern wäre sie in der Form von Einschliessung auszusprechen.

(34) Hauser, Zeugenbeweis, 148

(35) Hauser, Zeugenbeweis, 150

§ 24 DIE FORM DER ZEUGENEINVERNAHME

I. Bedeutung

Die Bedeutung der Art und Weise, in der die Einvernahme kindlicher Zeugen durchgeführt wird, kann kaum überschätzt werden. Erfolg oder Misserfolg der Befragung hängen weitgehend vom Geschick und dem Einfühlungsvermögen der damit betrauten Person ab. Daneben spielt die äussere Umgebung, in der die Befragung stattfindet, eine wichtige Rolle (1).

II. Befragende Person

Vielfach wird verlangt, die Einvernahme von Kindern sei hiefür besonders geeigneten und ausgebildeten Personen zu übertragen (2). Diese Regelung ist jedoch auf den Strafprozess zugeschnitten und speziell auf Sittlichkeitsdelikte. Sie kann nicht ohne weiteres auf zivilprozessuale Verhältnisse übertragen werden. Im Zivilprozess geht es in der Regel nicht um traumatische Erlebnisse, deren Auffrischung zu seelischen Schäden führen können. Daher wird der Richter hier nur in Ausnahmefällen kinderpsychologisch geschulte Personen beiziehen müssen. Das heisst aber nicht, dass er mit Kindern gleich verfahren kann, wie mit Erwachsenen.

Neben dem auch für die Bewertung der Aussage unent-

(1) Hauser, SJK Nr. 1298, 6

(2) Hauser, Zeugenbeweis, 296; ZH StPO § 149a Abs. 2

behrlichen Wissen um die Psyche des Kindes (3) ist es ausserordentlich wichtig, die Befragung - nicht zuletzt in bezug auf den Sprachschatz (4) - der jeweiligen geistigen Entwicklung des Kindes anzupassen (5).

III. Ambiance

Darunter verstehen wir nicht nur die räumliche Umgebung, in der die Vernehmung mit Vorteil stattfindet, sondern ebenso die anwesenden Personen.

1. Die räumliche Ambiance

Kinder werden durch die steife, förmliche Atmosphäre eines Gerichtssaales in der Regel derart beeindruckt und verschüchtert, dass sie ausserstande sind, vernünftig zu denken und auszusagen (6) (7). Die Einvernahme eines Kindes hat daher

-
- (3) Vgl. hiezu: Rohner, Literaturverzeichnis
- (4) Was oft den Juristen besonders schwer fällt.
- (5) Hauser, prozessuale Stellung, 212, Ziff. 4
- (6) Unauslöschlich ist dem Verfasser das Bild jenes 11-jährigen Mädchens vor Augen, das in einem Gerichtssaal vor versammeltem Gericht und in Anwesenheit der Parteien und ihrer Vertreter befragt wurde. Die Schranke verlief auf Kopfhöhe des Kindes; aus dessen Perspektive thronte der Gerichtspräsident wohl gottgleich auf seinem Podium, als er mit tiefem Bass seine Fragen zu stellen begann. Die verstörten, hilfesuchenden Blicke des Kindes wanderten rastlos von einer anwesenden Person zur anderen, während es kaum ein Wort über die Lippen brachte.
- (7) Probst, 3, befürchtet mit Recht, dass Kinder und Jugendliche in der ungewohnten und verwirrenden Umgebung des Gerichtssaales anders aussagen, als in ihrer angestammten Umgebung.

wenn immer möglich, in einer ihm vertrauten Umgebung, beispielsweise in seinem eigenen Zimmer stattzufinden (8). Als Notlösung könnte noch ein Büro als Einvernahmeort akzeptabel sein, m.E. aber niemals ein Gerichtssaal.

2. Die persönliche Ambiance

Ebenso wichtig wie die räumliche Atmosphäre ist die persönliche. Hier ist im Interesse des Kindes wie auch der Wahrheitsfindung zu fordern, dass ein absolutes Minimum an Personen an der Einvernahme teilnimmt (9). Sonst besteht die Gefahr, dass schüchterne Kinder durch die Anwesenheit vieler unbekannter Gesichter abgelenkt oder gar durch Blicke und Gebärden Interessierter verängstigt und beeinflusst werden. Andere Kinder wiederum werden ermutigt, sich aufzuspielen, wenn sie im Mittelpunkt stehen, und lassen ihrer Phantasie freien Lauf, was nicht immer sofort erkannt wird (10).

Der Inhalt der Einvernahme kann mittels Tonband festgehalten werden. Dieses kann aber das Protokoll nicht ersetzen (11). Es dient dazu, den ausgeschlossenen Interessierten den Verlauf der Vernehmung und die genaue Formulierung der Aussagen des Kindes zur Kenntnis bringen. Ergänzungsfragen der Parteien bzw. ihrer Vertreter müssen bei diesem System vorher oder nachher schriftlich gestellt werden.

-
- (8) Die für ein solches Vorgehen in § 153 ZPO verlangten zureichenden Gründe sind hier gegeben; vgl. auch Zenhäusern, 19, N 11 und Bühler/Spühler, N 61 zu Art. 156 ZGB
- (9) Die Öffentlichkeit wird regelmässig auszuschliessen sein; vgl. Hauser, Zeugenbeweis, 298
- (10) Vgl. das von Probst, 11, gegebene Beispiel aus der Praxis.
- (11) Hauser, prozessuale Stellung, 213, Ziff. 7.

Nicht ungeeignet ist auch das im Fall ZR 71 Nr. 116 angewandte System, bei dem Kind und befragende Person sich in einem Raum befinden, während die restlichen Beteiligten vom Nebenzimmer aus zuhören.

IV. Einvernahmetechnik

Es ist nicht möglich, eine allen Fällen gerecht werdende Technik anzubieten. Immerhin sind - ausser den bereits erwähnten - einige Regeln zu beachten, die mithelfen können, die Befragung weder zu einem Leerlauf für das Gericht noch zu einem Alptraum für das Kind zu machen. Das erste und wichtigste Problem der einvernehmenden Person ist es, das "Eis zu brechen, d.h. die Spannungen und Ängste im Kind zu lösen und ein Klima des Vertrauens zu schaffen. Behutsames Vorgehen und Geduld sind die unabdingbaren Voraussetzungen hiezu. Das Kind muss schrittweise an das Thema der Aussage herangeführt werden. Eine dem Kind angepasste einfache Sprache ist dabei Angelpunkt jeder erfolgreichen Kommunikation. Selbstverständlich ist die Einvernahme regelmässig in Mundart durchzuführen. Auch die Protokollierung hat mit Vorteil in Mundart und wenn immer möglich wörtlich zu erfolgen (12). Besondere Beachtung ist den Gebärden des Kindes zu schenken. Sie können sehr aufschlussreich sein und vermögen vielfach mangelhafte Ausdrucksfähigkeit zu kompensieren (13).

(12) Weber, 527

(13) Hauser, prozessuale Stellung, 213, Ziff. 5.

§ 25 DIE BEWERTUNG DER ZEUGENAUSSAGEN VON KINDERN

I. Der Zeugenbeweis im allgemeinen

"Das Gericht würdigt die Beweise nach freier Ueberzeugung." So oder ähnlich umschreiben alle modernen Zivilprozessordnungen die wohl dornenvollste Aufgabe des Richters. Besondere Schwierigkeiten bieten dabei die Zeugenaussagen, die häufig angerufen werden, aber allgemein als wenig verlässliches Beweismittel gelten (1). Die Aussagen von Kindern galten dabei lange Zeit als besonders unzuverlässig (2), weshalb man sie generell vom Zeugnis ausschloss und noch ausschliesst (3). Psychologische Forschungen brachten indessen bald an den Tag, dass die Aussagen Erwachsener keineswegs verlässlicher sind als diejenigen der Kinder und dass sich eine generelle Minderbewertung kindlicher Aussagen nicht aufrechterhalten lässt (4). Die Schwierigkeit besteht hier wie dort darin, die Zeugenaussagen richtig zu bewerten und insbesondere falsche oder ungenaue Aussagen zu erkennen und auszuschneiden.

II. Die Aussagen von Kindern im besonderen

Der Wahrheitsgehalt der kindlichen Aussagen lässt sich nicht ohne Berücksichtigung der den jeweiligen Entwicklungsstufen eigenen spezifischen Merkmale ermitteln (5). Neben diesen generell zu beachtenden Punkten ist

-
- (1) Binder führte in ZStr 60, 339, aus: "Ein fehlerloses Zeugnis ist nicht die Regel, sondern die Ausnahme." Vgl. auch Birkenmaier, 69; Hauser, Zeugenbeweis, 311
 - (2) Hauser, Zeugenbeweis, 317
 - (3) Hauser, SJK Nr. 1298, 3; Zenhäusern, 19
 - (4) Birkenmaier, 68 f.; Hauser, Zeugenbeweis, 317 f. und dort zit. Lit.
 - (5) Vgl. § 22, S. 133 f.

die konkrete Interessenlage des Kindes zu berücksichtigen. Ein besonderes Augenmerk verdient dabei die Abklärung der Abhängigkeitsverhältnisse. Je jünger der Zeuge ist, umso abhängiger und beeinflussbarer wird er sein. Ein weiterer Indikator für die Zuverlässigkeit einer Aussage ist die Sprache (6). Drückt sich ein Kind unklar, gewunden oder geschraubt aus oder wirken die Antworten einstudiert, ist besondere Vorsicht am Platze. Ebenso wenn die Darstellung zu anderen Beweismitteln im Widerspruch steht oder der Folgerichtigkeit entbehrt.

Zur Abklärung der Wahrheitsliebe eines jungen Zeugen werden oft auch Berichte neutraler Personen, die das Kind eingehender kennen (vorzugsweise Lehrer) beigezogen. Solche Berichte sind indessen ihrerseits das Ergebnis subjektiver Wertungen und Beurteilungen und müssen vom Richter entsprechend gewürdigt werden. Sie vermögen aber in der Regel trotzdem im Richter die Ueberzeugung in der einen oder anderen Richtung zu fördern.

Kommt einer Zeugenaussage eines Kindes entscheidende Bedeutung zu, so drängt sich bereits bei geringen Zweifeln der Beizug einer psychologisch geschulten Person auf (7), die mit Vorteil schon zur Befragung beigezogen wird. Allenfalls ist anschliessend an die Befragung durch Tests (8) oder eigentliche Gutachten (9) festzustellen, ob auf die Aussage des Kindes abgestellt werden kann oder nicht. Die Entscheidung und Verantwortung hiefür liegt jedoch beim Gericht. Der Sachverständige kann und darf sie dem Richter nicht abnehmen, denn er ist nur dessen Gehilfe (10).

-
- (6) Hiezu ausführlich und überzeugend: Weber, 515 ff. sowie Hans Walder, Aussagepsychologie, ZStr 97 (1980) 257 ff.
 - (7) ZR 40 Nr. 138; Hauser, prozessuale Stellung, 234
 - (8) Probst, 23 ff.
 - (9) Statistische Angaben über Glaubwürdigkeitsgutachten - allerdings aus strafrechtlicher Sicht - liefert Rohner, 118 ff.
 - (10) Hauser, Zeugenbeweis, 322

§ 26 DIE SANKTIONEN BEI VERLETZUNG DER ZEUGNISPFlicht

I. Notwendigkeit

Die Zeugnispflicht ist für den Durchschnittsbürger wohl eine der unangenehmsten Bürgerpflichten. Schon die Atmosphäre des Gerichtssaals weckt dumpfe Aengste und Unbehagen. Vielfach muss ein Zeuge über eine ihm nahestehende Person Negatives aussagen, was für die belastete Partei oft katastrophale Folgen hat. Häufig wird der Zeuge auch gezwungen, eigenes Versagen zuzugeben. Nicht selten hat er sodann Repressionen seiner Umgebung oder der belasteten Partei zu befürchten. Die Versuchung, einer Einvernahme auszuweichen, unzulänglich oder unwahr auszusagen, ist gross. Es bedarf keiner weitschweifigen Erläuterungen, dass diese Situation von einem als Zeuge aufgebotenen Kind noch intensiver empfunden wird als von Erwachsenen (1). Wenn immer und soweit als möglich wird es versuchen, sich zu drücken oder auszuweichen (2). Dadurch wird aber das Ziel jeder Rechtssprechung, aufgrund der materiellen Wahrheit zu urteilen, vereitelt und der beweisbelasteten Partei kann Unrecht geschehen. Die Justiz ist vielfach auf Zeugen angewiesen und kann ohne deren wahrheitsgemässe Aussagen ihre Ordnungsfunktion nicht korrekt wahrnehmen. Aus staatspolitischen, wie auch aus subjektiven Parteiinteressen muss die wahrheitsgemässe Zeugenaussage daher erzwingbar sein. Die Interessen des Zeugen haben - mit Ausnahme der Fälle, in denen ihm ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht - zurückzutreten.

(1) Probst, 3

(2) Hauser, prozessuale Stellung, 210 a.E.

II. Die Zwangsmassnahmen im einzelnen

1. Bei Nichterscheinen (3)

Erscheinen Erwachsene trotz gehöriger Vorladung nicht zur Zeugenaussage, so können sie mit Ordnungsbusse bestraft oder - nach vorangegangener Androhung - polizeilich vorgeführt werden (4).

Auch Kinder können, wenn sie oder ihr gesetzlicher Vertreter sich nicht genügend zu entschuldigen vermögen, polizeilich vorgeführt werden (5). Die Bestrafung mit Ordnungsbusse ist hingegen nur bei über 15-jährigen Zeugen möglich (6). Trifft den gesetzlichen Vertreter des nichterschienenen kindlichen Zeugen ein Verschulden, so ist ihm unbekümmert um das Alter des Kindes eine Ordnungsbusse aufzuerlegen, da er für dessen Erscheinen primär verantwortlich ist.

2. Bei unbefugter Aussageverweigerung

Verweigert ein mündiger Zeuge unbefugt die Aussage, so wird er nach ergangener Androhung durch das erkennende Gericht mit einer Busse bis zu Fr. 500.-- oder mit Haft bis zu 10 Tagen bestraft. Bei fortgesetzter Weigerung erfolgt Ueberweisung an den Strafrichter zur Bestrafung wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB.

(3) Rohner, 101, hat in seiner Untersuchung festgestellt, dass man in der Praxis kaum je zu Zwangsmassnahmen gegen kindliche Zeugen schreiten musste.

(4) § 163 Abs. 1 ZPO

(5) Insofern ist die von Hauser, Zeugenbeweis, 106, vertretene Auffassung, die Folgen des pflichtwidrigen Verhaltens eines kindlichen Zeugen träfen die gesetzlichen Vertreter, ungenau. Die Vorführung trifft jedenfalls das Kind.

(6) Das Jugendstrafrecht sieht diese Sanktion für Kinder (7-15-jährige) nicht vor.

Die Zürcher Zivilprozessordnung besitzt keine spezielle Regelung für minderjährige Zeugen. Daraus ist aber nicht zu folgern, dass die Kinder gleich zu behandeln seien, wie erwachsene Zeugen. Es liegt vielmehr eine Lücke vor, die sinnvoll ausgefüllt werden muss. Naheliegend erscheint es - in Uebereinstimmung mit den Zwangsmitteln wegen falschem Zeugnis (7) - die Sanktionen des Jugendstrafrechtes zu verhängen.

Dabei ergibt sich folgendes Bild:

a) Kinder unter 7 Jahren

Sie sind strafrechtlich absolut minderjährig, d.h. gegen sie können keinerlei Sanktionen ergriffen werden.

b) Kinder von 7-15 Jahren

Auch dieser Zeugengruppe kann keine Ordnungsbusse auferlegt werden, da das Jugendstrafrecht für sie die Sanktion der Busse nicht vorsieht. Eine Busse hätte auch keinerlei Sanktionseffekt, weil die erwerbs- und meist vermögenslosen Kinder sie doch nicht aus eigenen Mitteln bezahlen könnten.

Anstelle der vorgesehenen Haft (8) können nach ergangener Androhung lediglich die in Art. 87 StGB vorgesehenen Disziplinarstrafen ausgesprochen werden (9) (10).

Bei fortgesetzter Weigerung erfolgt sinngemäss die Ueberweisung an das Jugendgericht zur Bestrafung

(7) Vgl. Ziff. 3. sogleich; Hauser, prozessuale Stellung, 211 N 13

(8) § 163 Abs. 2 ZPO

(9) Verweis, Verpflichtung zu einer Arbeitsleistung, Schularrest bis zu sechs Halbtagen.

(10) Wobei man sich dort, wo ein spezielles Jugendgericht besteht, fragen könnte, ob die Sanktion nicht durch den Jugendrichter ausgesprochen werden müsste. Eine solche Lösung würde jedoch zu unakzeptablen Verzögerungen führen, weshalb sie zu verwerfen ist. Dem einvernehmen den Richter würde damit jedes Zwangsmittel entwunden.

mit Schularrest bis zu sechs Halbtagen (11).
Keinesfalls dürfte aber eine Massnahme im technischen Sinne angeordnet werden (12).

c) Jugendliche von 15-18 Jahren

Ihnen kann eine Ordnungsbusse auferlegt werden (13).
Statt mit Haft sind sie gegebenenfalls mit Einschliessung zu bestrafen. Bei fortgesetzter Weigerung hat die Ueberweisung an das Jugendgericht zu erfolgen. Dieses bestraft den Jugendlichen mit Busse oder Einschliessung. Die Anordnung einer Massnahme ist nicht zu rechtfertigen.

d) Ueber 18-Jahre alte Zeugen

Diese unterliegen in allen Teilen den ordentlichen Sanktionen wie Erwachsene.

Die obigen Ausführungen zeigen, dass dem Richter zumindest für unter 15-jährige Zeugen keine einschneidenden Sanktionsmöglichkeiten offen stehen. Zu bedenken ist auch, dass es oft unsicher ist, ob die betroffenen Kinder die Bedeutung der Zeugnispflicht voll verstehen. Wohl aus diesen Gründen sieht z.B. die bernische Zivilprozessordnung in Art. 250 Abs. 3 vor, dass gegen Zeugen, die das 15. Altersjahr noch nicht zurückgelegt haben, keine Zwangsmittel wegen Verweigerung der Aussage angewendet werden sollen (14). De lege ferenda wäre eine solche Bestimmung auch für die Zürcher Zivilprozessordnung wünschbar und angebracht.

(11) Anstelle der in Art. 292 StGB vorgesehenen Busse und Haft.

(12) Gemäss Art. 84 ff. StGB.

(13) U.U. könnte diese gemäss Art. 96 StGB bedingt ausgesprochen werden.

(14) Uri, § 190 Abs. 2 ZPO, sieht vor, dass die ord. Sanktionen (Busse und Haft) für Zeugen unter 16 Jahren keine Geltung haben. Welche Zwangsmittel an deren Stelle anwendbar sind, und ob überhaupt, wird nicht gesagt.

3. Bei falschem Zeugnis

Diese Sanktionen gehören nicht dem kantonalen Prozessrecht an, sondern sind in Art. 307 StGB bundesrechtlich geregelt.

Die zur Zeit der Abgabe des falschen Zeugnisses unter 18-jährigen Zeugen fallen unter das Jugendstrafrecht. Die in Art. 307 StGB angedrohten Strafen (Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis) finden auf diese Gruppe keine Anwendung. An deren Stelle sind die jugendstrafrechtlichen Sanktionen auszusprechen (15). Aufgrund der Schwere des Deliktes sind dabei auch Erziehungsmassnahmen (16) nicht ausgeschlossen.

4. Bei Verletzung von Nebenpflichten (17)

Entsprechend ihrer untergeordneten Bedeutung sind als Sanktionen Disziplinarstrafen, wie z.B ein Verweis, als angemessen anzusehen. Weitergehende Sanktionen, etwa die im Rahmen der sitzungspolizeilichen Befugnisse (18) vorgesehene Haft bis zu zwölf Stunden, dürfte bei jugendlichen Zeugen kaum am Platze sein. Sie wäre ohnehin nur bei mehr als 15-jährigen Jugendlichen und nur in der Form der Einschliessung zulässig.

III. Weitere Folgen

1. Kostentragungspflicht

a) Bei Nichterscheinen

Erscheint der Zeuge trotz gehöriger Vorladung nicht, so sind die deswegen anfallenden Kosten und Ent-

(15) Hauser, prozessuale Stellung, 211 N 13

(16) Art. 84 f. und 91 f. StGB

(17) Vgl. zu den Nebenpflichten im einzelnen §§

(18) § 124 GVG

schädigungen dem gesetzlichen Vertreter aufzuerlegen, wenn ihn ein Verschulden am Ausbleiben seines Schützlings trifft.

Eine Auflage der Kosten an das in der Regel mittellose Kind selber dürfte nur in Ausnahmefällen möglich sein.

b) Bei unbefugter Aussageverweigerung

Hier können die Kosten nicht dem gesetzlichen Vertreter auferlegt werden; es sei denn, das Kind verweigere die Aussage erwiesenermassen auf Befehl oder Druck seines gesetzlichen Vertreters und aus Angst vor von diesem angedrohten Sanktionen.

2. Schadenersatzpflicht

Verweigert der Zeuge unbefugtermassen die Aussage oder sagt er vorsätzlich oder fahrlässig unrichtig oder unvollständig aus und erwächst der beweisführenden Partei deswegen ein Schaden, so wird der Zeuge - nebst disziplinarischer bzw. strafrechtlicher Ahndung - zivilrechtlich schadenersatzpflichtig (19). Die Haftungsgrundlage ergibt sich aus Art. 41 OR (20). Diese Regelung gilt grundsätzlich auch für den jugendlichen Zeugen. Probleme ergeben sich auch hier bei der Zurechnung. Ist der gesetzliche Vertreter für das schadensstiftende Fehlverhalten des Kindes (mit)verantwortlich, so trifft ihn auch die Schadenersatzpflicht. Ist das Kind jedoch allein und ausschliesslich verantwortlich, so ist ein Schadenersatzprozess gegen das Kind grundsätzlich möglich, oft aber nicht lohnend, weil es über kein Vermögen verfügt.

(19) § 163 Abs. 2 ZPO; ausführlich: Hauser, Zeugenbeweis, 112 ff.

(20) Klopfer, 30

2. KAPITEL : ANDERE FORMEN DES EINBEZUGS

§ 27 DIE PFLICHT ZUR DULDUNG EINES AUGENSCHEINS

I. Grundsatz

Das Kind hat - wie die Erwachsenen - gleichviel, ob es Partei oder Dritter ist, den Augenschein an seiner Person und an den Sachen in seinem Gewahrsam grundsätzlich zu dulden, sofern dies zur unmittelbaren Wahrnehmung erheblicher Tatsachen als nötig erscheint (1).

Speziell zu beachten ist aber bei Kindern, dass ein Augenschein, vor allem an dessen Person, wirklich nur dann durchgeführt wird, wenn keine andere Möglichkeit besteht, erhebliche Tatsachen festzustellen. Ist ein Augenschein unumgänglich, so hat seine Durchführung besonders schonend und mit einem Minimum an Teilnehmern zu erfolgen. Mit dem Augenschein am Körper von Kindern sind regelmässig Sachverständige zu betrauen (2).

II. Ausnahme

Besteht ein Zeugnisverweigerungsgrund (3), so kann auch der Augenschein verweigert werden.

III. Sanktionen bei unbefugter Verweigerung des Augenscheins

1. Bei Parteistellung des Kindes

Wie bei Erwachsenen hat das Gericht die unbefugte Weigerung nach § 148 ZPO, d.h. nach freier Ueberzeugung zu würdigen.

(1) § 169 ZPO

(2) Die von § 169 Abs. 1, 2. Satz geforderten rechtfertigenden Umstände sind immer gegeben, denn es geht um den Schutz der Psyche des Kindes.

(3) § 170 Abs. 2 i.V. mit §§ 158-160 ZPO

2. Bei Drittstellung des Kindes

Unbefugte Weigerung, sich selbst oder seine Sachen einem Augenschein zu unterziehen, rufen nach den in § 163 Abs. 2 ZPO genannten Folgen (4). Für Kinder sind sie, je nach deren Alter zu modifizieren (5).

(4) Busse bis Fr. 500.-- oder Haft bis zu 10 Tagen, bei fortgesetzter Weigerung Bestrafung wegen Ungehorsams (Art. 292 StGB).

(5) Vgl. § 26, S. 152 f.

§ 28 DIE PFLICHT ZUR MITWIRKUNG AN ABSTAMMUNGSUNTERSUCHUNGEN

I. Umfang, Kreis der Verpflichteten

Vor Inkrafttreten des neuen Kindesrechtes sah nur ein Teil der Kantone die für die Feststellung der Vaterschaft oft unentbehrliche Mitwirkungspflicht an medizinischen Untersuchungen vor. Dieser Zustand wirkte sich zum Nachteil der ausserhalb einer Ehe geborenen Kinder aus. Der Bundesgesetzgeber sah sich daher anlässlich der Revision des Kindesrechtes veranlasst, in die kantonale Gesetzgebungshoheit auf dem Gebiete des Verfahrensrechtes (1) einzugreifen.

Heute besteht von Bundesrechts wegen (2) - neben der Officialmaxime und der freien Beweiswürdigung - für jedermann die Pflicht, an Untersuchungen mitzuwirken, die zur Aufklärung der Abstammung eines Kindes nötig und ohne Gefahr für die Gesundheit des Betroffenen sind. Die Pflicht umfasst nicht nur die Duldung einer Blutentnahme sondern auch die Mitwirkung an allen anderen tauglichen Methoden zur Ermittlung der Vaterschaft (3).

Kinder im Sinne der vorliegenden Abhandlung können von dieser Pflicht sowohl als Partei, wie auch als Dritte, betroffen werden. In der Regel werden sie Kläger sein und es ergeben sich für die Mitwirkung der zumeist urteilsunfähigen Kinder keine Probleme. Der mit der Durchführung der Vaterschaftsklage betraute Beistand wird die Einwilligung zur Durchführung der nötigen Untersuchungen im Interesse des Kindes geben müssen.

(1) BV Art. 64 Abs. 3; Guldener, 61 ff.; Walder, 22 ff.

(2) Art. 254 Ziff. 2 ZGB

(3) Hug, 174 ff.

Jugendliche können aber auch als potentielle Väter ins Recht gefasst werden oder als Dritte aufgefordert sein, an Untersuchungen zur Ermittlung der Abstammung eines Kindes mitzuwirken. Diesfalls stellt sich die Frage, ob ihnen ein Untersuchungsverweigerungsrecht, analog dem Zeugnisverweigerungsrecht zustehe.

II. Untersuchungsverweigerungsrecht ?

Mehrere Zivilprozessordnungen sahen vor Inkrafttreten des neuen Kindesrechtes ein nach den Grundsätzen des Zeugnisverweigerungsrechtes gestaltetes Untersuchungsverweigerungsrecht vor (4). Es ist denn auch nicht zu verkennen, dass die Situation des zu einer körperlichen Untersuchung aufgebotenen Beklagten oder Dritten derjenigen des Zeugen stark gleicht. Dieser wie jener stehen im Pflichtenwiderstreit und laufen Gefahr, sich selber oder nahe Angehörige durch das Ergebnis der Untersuchung belasten zu müssen (5).

Allein der Gesetzgeber des neuen Kindesrechtes stellte die Interessen des Kindes klar und eindeutig in den Vordergrund. Selbst ein so elementarer Grundsatz, wie derjenige, dass niemand gezwungen werden könne, sich selbst zu belasten, musste weichen. Gefochten wird dabei mit dem Argument, es gehe hier um die Erhebung eines objektiven Befundes, der durch die subjektive Beziehung zu einer Partei in keiner Weise beeinflusst werden könne (6). Zudem entfalle ein Hauptzweck des Zeugnisverweigerungsrechtes, nämlich Falschaussagen vorzubeugen (7).

(4) Aufzählung bei Hauser, Zeugenbeweis, 264 f.; auch ein Entwurf zur neuen zürcher ZPO sah - im Gegensatz zur endgültigen Fassung - dieses Recht vor; vgl. Sträuli/Messmer, n7 a.E. zu § 177 ZPO.

(5) Hauser, Zeugenbeweis, 266

(6) Botschaft, 28

(7) Sträuli/Messmer, N 7 zu § 177 ZPO.

Diese kompromisslose Haltung ist das Resultat einer Wertabwägung des Gesetzgebers und verdient Unterstützung. Die Haltung wird umso verständlicher, wenn man bedenkt, dass Abstammungsgutachten bei strittigen Vaterschaften unentbehrliche Beweismittel sind und dass beim heutigen Stand der Wissenschaft kaum mehr ein Mann zu Unrecht zum Vater "erkoren" wird.

Sinn und Wortlaut des Gesetzes sowie die begleitende Botschaft lassen nur den Schluss zu, dass Parteien wie Dritte ausnahmslos verpflichtet sind, an Untersuchungen zur Feststellung der Abstammung eines Kindes mitzuwirken, sofern diese nötig und ohne Gefahr für die Gesundheit sind.

III. Sanktionen

Art. 254 ZGB sieht für den Fall der unbefugten Verweigerung der Mitwirkungspflicht keine Sanktionen vor. Die Botschaft (8) erklärt hiezu:

"Eine besondere Bestimmung über die Folgen einer unbefugten Weigerung ist nicht nötig. Der Richter würdigt sie nach Artikel 254 Ziffer 1 des Entwurfes (9). Ausserdem kommen die Ungehorsamsstrafen des Prozessrechtes und des Artikels 292 des Strafgesetzbuches sowie die Schadenersatzpflicht nach den Artikeln 41 ff. des Obligationenrechtes in Betracht. Dagegen ist körperlicher Zwang abzulehnen, ..."

Dem ist einzig die Bemerkung beizufügen, dass bei Kindern und Jugendlichen zu beachten bleibt, dass die modifizierten prozess- und strafrechtlichen Ungehorsamsstrafen auszusprechen sind (10).

(8) Botschaft, 28; § 177 Abs. 2 ZPO sowie Sträuli/Messmer, N 4-7 hiezu.

(9) D.h. nach freier Ueberzeugung

(10) Vgl. § 26, S. 152 f.

§ 29 DIE URKUNDENEDITIONSPLICHT

I. Grundsatz

Befinden sich prozessrelevante Urkunden im Besitze von Kindern, so sind sie grundsätzlich wie Erwachsene verpflichtet, diese herauszugeben (1).

Die Editionsspflicht besteht sowohl wenn das Kind Parteistellung hat als auch wenn es Dritter ist. Wenn das Kind nicht urteilsfähig ist, obliegt es seinem gesetzlichen Vertreter, die Urkunde an seiner Statt herauszugeben. Das urteilsfähige Kind wird von der Editionsspflicht direkt betroffen und hat die Urkunden selbständig herauszugeben. Es kann bezüglich der Editionsspflicht allerdings nur dann als urteilsfähig betrachtet werden, wenn es Sinn und Zweck der Pflicht sowie die Folgen der Nichtbeachtung zu begreifen vermag.

II. Ausnahmen

1. Aufgrund analoger Anwendung des Zeugnisverweigerungsrechtes

Dass die Editionsspflicht nicht ausnahmslos bestehen kann, ergibt sich ohne weiteres, wenn man sich vor Augen hält, dass eine Urkunde noch in vermehrtem Masse als eine Zeugenaussage geeignet ist, den Prozessverlauf zu beeinflussen. So sind denn der Editionsspflicht und damit der Erforschung der Wahrheit Grenzen gesetzt. Die Parallele zum Zeugnisverweigerungsrecht liegt auf der Hand. Demgemäss gelten auch hier sinngemäss die gleichen Weigerungsgründe wie beim Zeugnisverweigerungsrecht (2).

(1) § 184 ZPO; zur Editionsspflicht im allgemeinen: Peter Herzog, Die Editionsspflicht nach neuer zürcherischer Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1980.

(2) § 184 ZPO i.V. mit §§ 158-160; Hauser, Zeugenbeweis, 257

In bezug auf die Ausübung dieses Rechtes ergeben sich bei Kindern die nämlichen Probleme, wie sie beim Zeugnisverweigerungsrecht behandelt wurden. Es kann darauf verwiesen werden (3).

2. Aufgrund der besonderen Natur der Urkunde

Denkbar ist, dass eine sich in Kinderhand befindliche Urkunde (wie z.B. ein Tagebuch oder ähnliche Selbstaufzeichnungen) an sich geeignet wäre, für den Prozess wichtige Aufschlüsse zu geben. In solchen Fällen muss - auch wenn dem Kind an sich kein Zeugnisverweigerungs- resp. Editionsverweigerungsgrund zur Seite steht - auf Zwang zur Einreichung der Urkunde verzichtet werden, weil derartige Schriftstücke zur unantastbaren Geheimsphäre gehören, die verfassungsrechtlich jedem Menschen um seiner Persönlichkeit willen zusteht (4).

III. Sanktionen bei Verletzung der Editionsspflicht

1. Bei Parteistellung des Kindes

Gemäss § 183 Abs. 2 ZPO würdigt der Richter diesfalls das Verhalten der Partei nach § 148 ZPO, d.h. nach freier Ueberzeugung. In diesem Punkte ergeben sich keine Unterschiede zwischen Kindern und voll handlungsfähigen Erwachsenen.

2. Bei Drittstellung des Kindes

Sinngemäss hat in diesem Fall das zu gelten, was bereits zur unbefugten Aussageverweigerung ausgeführt wurde (5).

(3) § 23, S. 141 ff.

(4) Herzog, 50 ff.

(5) § 184 Abs. 2 ZPO; vgl. vorn, § 26, S. 151 ff.

§ 30 DIE ANHÖRUNGSRECHTE

I. Abgrenzungen

Der Anspruch auf Anhörung richtet sich in erster Linie an den gesetzlichen Vertreter des Kindes, der seinerseits seine prozessualen Schritte unter Berücksichtigung der Meinung seines Schützlings vornehmen soll. In Sonderfällen kann sich aber das Gebot der Anhörung auch direkt an den Richter wenden.

In diesem Paragraphen behandeln wir nur Anhörungsrechte, die in Zivilprozessen eine Rolle spielen können. Nicht Gegenstand unseres Themas ist daher das auch dem urteilsfähigen Kind zustehende Recht, Aufsichtsbeschwerde zu erheben und sich so Gehör zu verschaffen (1), ebensowenig das Recht des Kindes, zum Schutz seiner Interessen die Vormundschaftsbehörde anzurufen (2). Ebenfalls ausser Betracht fällt das dem urteilsfähigen Kind von Gesetzes wegen eingeräumte Zustimmungsrecht zur eigenen Adoption (3) sowie das höchstpersönliche Recht des urteilsfähigen unmündigen Vaters oder der urteilsfähigen unmündigen Mutter, die Adoption ihres Kindes zu verweigern oder zu gestatten (4).

-
- (1) VwVG Art. 71; Felix Jakob Hunziker, Die Anzeige an die Aufsichtsbehörde (Aufsichtsbeschwerde), Diss. Zürich 1978, 65 ff.
 - (2) Zürcherisches Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, § 60 Abs. 2; Hegnauer, N 236 zu aArt. 283 ZGB.
 - (3) Art. 265 Abs. 2 ZGB; BGE 107 I 18 ff.
 - (4) Art. 265a ZGB; Hegnauer, Adoption, N 14 ff. hiezu.

II. Die Bedeutung der Anhörungsrechte

1. In_erzieherischer_Hinsicht

Ziel jeder gehörigen Erziehung ist es, den jungen Menschen zu befähigen, sein Leben in jeder Hinsicht selbst zu meistern (5). Dies bedingt, dass Kinder entsprechend ihrer Reife mit den sie betreffenden Problemen und Entscheidungen konfrontiert werden. Sie müssen lernen, sich eine eigene Meinung zu bilden und deren Konsequenzen zu tragen. So soll die Verantwortung für die gesamte Lebensgestaltung im Laufe des Erwachsenwerdens kontinuierlich - und nicht schlagartig bei Erreichen der Mündigkeit - auf das Kind übergehen.

Ein wichtiges Mittel der Erziehung ist dabei die Anhörung, der Einbezug der Meinung des Kindes in die kindesrelevanten Entscheide, die dessen gesetzlicher Vertreter zu fällen hat (6). Nur das Bewusstsein, mitentscheiden zu können bringt dem Kind das unentbehrliche Selbstvertrauen, das Schlüssel jeder erfolgreichen Erziehung ist.

Die Anhörung ist nicht zuletzt Ausdruck der Wertschätzung der sich entwickelnden Persönlichkeit und stellt als solcher einen Akt des Respektes vor der Würde dar, die jedem Menschen zukommt.

2. In_rechtlicher_Hinsicht

Das Recht, angehört zu werden ist eine Form des rechtlichen Gehörs und bildet im Grunde genommen bei den Kindern eine weitere Stufe zwischen der totalen Handlungsunfähigkeit und der vollen

(5) Hegnauer, N 8 f. zu aArt. 273 ZGB

(6) Hegnauer, N 24 zu aArt. 279 ZGB

Handlungsfähigkeit. So gesehen ist es die erste Konzession der Rechtsordnung an die sich entwickelnde Persönlichkeit (7). Zwar wird direktes Handeln noch nicht gestattet, das Kind kann aber die Rechtshandlungen anderer in seinem Sinne beeinflussen.

Für die Eltern bzw. den Vormund bedeutet dieses Recht des Kindes eine Einschränkung ihrer elterlichen bzw. vormundschaftlichen Gewalt, die sich aber durch den Zweck der Erziehung aufdrängt. Die elterliche wie die vormundschaftliche Gewalt sind ja nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck, indem sie lediglich dazu dienen, den jungen Menschen solange zu beschützen als er noch nicht in der Lage ist, seine Rechte und Pflichten selbst wahrzunehmen. Das Anhörungsrecht dient in diesem Sinne dazu, einen kontinuierlichen Abbau der Gewalt des gesetzlichen Vertreters bis hin zur vollen Selbstverantwortlichkeit des Heranwachsenden einzuleiten.

III. Anwendungsfälle

1. Allgemein

Das Zivilprozessrecht kennt keine ausdrückliche Norm, die dem Richter oder dem gesetzlichen Vertreter eines Kindes gebieten würde, ein Kind in Prozessen, die dessen Interessen berühren, anzuhören.

Im materiellen Zivilrecht bestimmt dagegen Art. 301 Abs. 2 ZGB, dass die Eltern in wichtigen Angelegenheiten, soweit tunlich, auf die Meinung des Kindes Rücksicht zu nehmen haben. Für den Vormund bestimmt Art. 409 ZGB weitergehend, dass der Bevormundete in wichtigen Angelegenheiten um

(7) ähnlich: Metzler, 42

seine Ansicht zu befragen sei, sofern er urteilsfähig und wenigstens 16 Jahre alt ist.

Was allgemein gilt, muss auch in Zivilprozessen beachtet werden, die im Namen von Kindern zu führen sind oder die - ohne dass dem Kind Parteistellung zukommt - wichtige Kindesinteressen verletzen könnten.

Beispielsweise ist das verständige Kind in Prozessen um Kindesvermögen anzuhören. Ebenso fordert Metzler zurecht, dass dem urteilsfähigen Kind bezüglich des Unterhaltsvertrags gemäss Art. 287 und 288 ZGB ein unabdingbarer Anspruch auf rechtliches Gehör eingeräumt werden müsse (8).

2. Bei der Kinderzuteilung im Scheidungsprozess

Hier richtet sich der Anspruch auf Anhörung nicht nur gegen die gesetzlichen Vertreter, sondern auch gegen den Richter, denn er hat über die Gestaltung der Elternrechte nach der Scheidung zu befinden (9). Kinder sind im Scheidungsprozess ihrer Eltern nicht Partei, obwohl dessen Folgen sie aufs schwerste treffen. Weder das Bundes- noch das kantonale Recht sehen explizit ein Anhörungsrecht der Kinder zur Frage vor, bei welchem Elternteil sie künftig leben möchten (10). Für den schweizerischen Gesetzgeber sind die Kinder - obwohl das immer wieder bestritten wird (11) - schlicht Objekte, über die -vielfach ohne Rücksicht auf deren Gefühle - verfügt wird.

(8) Metzler, 42

(9) Art. 156 ZGB

(10) Im Gegensatz etwa zum neuen, am 1.1.1980 in Kraft getretenen § 1671 Abs. 3 BGB, der Kindern nach vollendetem 14. Altersjahr sogar ein Vorschlagsrecht in der Frage der Kinderzuteilung zuerkennt; vgl. auch Jorio, 293

(11) Bühler/Spühler, N 59 zu Art. 156 ZGB

Diese besonders für ältere Kinder völlig deplazierte, ja persönlichkeitsverletzende Regelung vermag heute nicht mehr zu befriedigen. Sie steht auch im krassen Gegensatz zur allgemeinen Tendenz, das sogenannte "Kindeswohl" in den Vordergrund zu rücken. Allein, ein Kindeswohl ohne Berücksichtigung des Willens und der Gefühle der betroffenen Kinder kann nicht als Kindeswohl, sondern allenfalls als Elternwohl bezeichnet werden (12).

Lehre und Praxis suchen denn auch nach Wegen, die fehlende Verankerung eines Anhörungsrechtes wettzumachen.

Ein Weg führt über die Offizialmaxime, die bei der Kinderzuteilung gilt (13). Ein anderer führt indirekt von der Verpflichtung der Eltern, in wichtigen Angelegenheiten (was die Kinderzuteilung zweifellos ist) auf die Meinung der Kinder Rücksicht zu nehmen (14), hin zu einem entsprechenden gemeinsamen Antrag der Eltern auf Zuteilung an den nach Meinung des Kindes besser geeigneten Elternteil. Dies allerdings nur, wenn die Meinung des Kindes auch objektiv vertretbar ist. Der vorgeschlagene familieninterne Weg wird aber in vielen Fällen Eltern wie Kinder überfordern und ungangbar sein, weshalb es in Streitfällen doch am Richter liegt, den Entscheid zu fällen.

(12) So schreibt das Jugendamt des Kantons Zürich in seiner Schrift: "Probleme mit Kindern aus geschiedenen Ehen", Zürich 1962-63: "Nicht selten ergreifen heranwachsende Kinder im Streite ihrer Eltern eindeutig Partei; vom Kindeswohl her gesehen sind das die günstigeren Fälle, als jene, wo die Kinder in ihren Gefühlen hin und her gerissen werden. Besteht aber eine solche Parteinahme der Kinder, dann wird man sie nicht ohne Not ignorieren dürfen."

(13) Bühler/Spühler, N 33 ff. zu Art. 156 ZGB; BGE 96 II 73

(14) Art. 301 Abs. 2 ZGB; für Bevormundete: Art. 409 ZGB

Der Richter kann nach der aktuellen Regelung im Rahmen seines Ermessensspielraumes Kinder anhören. Verpflichtet ist er jedoch nicht. Wer sich je in der Praxis umgesehen hat, weiss, wie wenig in Tat und Wahrheit Kinder über ihre gefühlsmässige Haltung zum einen oder anderen Elternteil und über ihre Zuteilungsvorstellungen befragt werden. Dabei wird immer mit den Argumenten gefochten, man dürfe die Kinder nicht in den Prozess ihrer Eltern hineinziehen, da sie sonst seelischen Schaden nähmen (15). Zudem seien Kinder, wenn man ihnen den Entscheid überlassen würde, überfordert und sie würden ohnehin nur gefühlsmässig urteilen.

Diese Argumente sind nicht stichhaltig. Zum einen haben Kinder ja nicht zu entscheiden, sondern lediglich dem Richter direkte Entscheidungsgrundlagen zu liefern; zum andern ist der Entscheid über die Zuteilung an einen Elternteil vom Kind aus gesehen weitgehend eine Gefühlssache und darf, ja muss es auch sein, denn ob gute Voraussetzungen für eine erfolgreiche Weiterentwicklung vorliegen, entscheidet sich vornehmlich daran, ob sich ein Kind wohl fühlt. Das Nichtanhören des Kindes, selbstredend in der seinem Alter angepassten Form, lässt sich nicht rechtfertigen. Es ist eine Illusion, zu glauben, ein Scheidungsprozess und vor allem die Entwicklung, die dazu führt, gehe spurlos und unbemerkt an einem Kind vorüber. Die wahren seelischen Schäden entstehen nicht anlässlich einer schonenden Anhörung und Befragung durch den Richter, sondern dann, wenn das

(15) Bühler/Spühler. N 60 zu Art. 156 ZGB, 2. letzter Satz; Jorio, 292

Kind realisiert, dass seine Eltern auseinandergehen wollen, wenn für es die bisher heile Welt zusammenbricht. Weitere bedeutende Schäden können entstehen, wenn das Kind - gerade weil es nicht angehört wurde - dem ungeeigneteren Elternteil zugeteilt wurde.

Die Frage, ab welchem Alter eine Befragung des Kindes angebracht und sinnvoll sei, wird verschieden beantwortet. Während der bundesdeutsche Gesetzgeber dem Kinde nach vollendetem vierzehnten Lebensjahr nicht nur ein Anhörungs- sondern sogar ein Vorschlagsrecht einräumt (16), schlägt JORIO (17) als untere Grenze das sechzehnte Altersjahr vor. BÜHLER/SPÜHLER (18) sind gegen eine generelle Altersgrenze und treten dafür ein, den Entscheid über die Anhörung im Einzelfall zu treffen, dabei aber grosse Zurückhaltung zu üben.

Ich halte dafür, dass ein Kind von vierzehn Jahren sehr wohl in der Lage ist, seine Bedürfnisse zu kennen und seinen Gefühlen Ausdruck zu geben (19). Gegen seinen Willen und seine Wünsche zu entscheiden, hiesse vielfach, es seelisch zu vergewaltigen. Nur wenn seine Weiterentwicklung beim gewählten Elternteil ernsthaft gefährdet ist, rechtfertigt sich eine Nichtberücksichtigung seiner Wünsche. In der Regel sollte daher auch in der Schweiz ein Kind ab ungefähr vierzehn Jahren zur Frage der Kinderzuteilung angehört werden (20). Eine entsprechende bundesrechtliche Norm wäre zu begrüßen.

(16) Art. 1671 Abs. 3 BGB

(17) 292 f.

(18) N 60 zu Art. 156 ZGB, S. 570

(19) Vgl. auch Saladin, 191

(20) In Deutschland wird sogar die Auffassung vertreten, dass das Gericht gezwungen sei, ein Kind anzuhören und zwar ohne Altersbegrenzung nach unten; vgl. Deutsche Richterzeitung, Januar 1980, S. 16

SCHLUSSWORT

Nicht nur in der Schweiz, sondern weltweit besteht ein deutlicher Trend zu früherer Selbständigkeit der jungen Menschen. Dem Recht fällt die Aufgabe zu, diese gesellschaftliche Entwicklung in geordnete Bahnen zu lenken, d.h. der gelebten Wirklichkeit entsprechende Rechte und Pflichten auf die früher selbständig werdenden Rechtsgenossen zu übertragen und die elterliche Gewalt dementsprechend stufenweise abzubauen.

Diese Forderung richtet sich vor allem an das materielle Privatrecht. Aber auch das Prozessrecht als dienendes Recht sollte vermehrt auf die spezielle Situation der Heranwachsenden Rücksicht nehmen.

Das neue Kindesrecht stellt einen Schritt in die richtige Richtung dar, ebenso die auf den 1.1.1981 in Kraft getretene Neuregelung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung, die dem über 16 Jahre alten urteilsfähigen Unmündigen das Recht einräumt, selbständig gerichtliche Beurteilung des von der Vormundschaftsbehörde gefassten Anstaltseinweisungsbeschlusses zu verlangen. Noch sind wir in der Schweiz aber weit entfernt von der Lösung aller sich stellenden Fragen. Insbesondere für die Altersgruppe zwischen achtzehn und zwanzig Jahren ergeben sich beträchtliche Probleme. Nicht umsonst haben bereits viele Länder die zivilrechtliche Mündigkeit auf achtzehn Jahre gesenkt. Ein solcher Schritt wäre auch in der Schweiz angebracht.

Es muss abschliessend betont werden, dass die formale Grenze von zwanzig Jahren aus einer Zeit stammt, in der die Jungen in diesem Alter erst begannen, sich selbständig zu machen. Die heutige Jugend beginnt sich jedoch vielfach schon mit sechzehn Jahren zu verselbständigen. Diese Entwicklung wird begünstigt durch bessere Verdienstmöglichkeiten und - leider - auch durch die erschreckend zunehmende Zahl zerfallender Kleinfamilien.

Lebenslauf

Ich wurde am 20. September 1946 geboren.
In meinem Heimatort Gottlieben TG besuchte ich die Primar- und in Tägerwilen die Sekundarschule. Dann durchlief ich die Verkehrsschule in St.Gallen, an welche sich eine Telegrafistenlehre in Zürich anschloss. Nach deren Abschluss bereitete ich mich nebenberuflich auf die Maturitätsprüfung vor. 1973 begann ich das Studium der Jurisprudenz an der Universität Zürich. 1977 legte ich die Lizentiats-, 1980 die Anwalts- und 1982 die Doktorprüfung ab.

